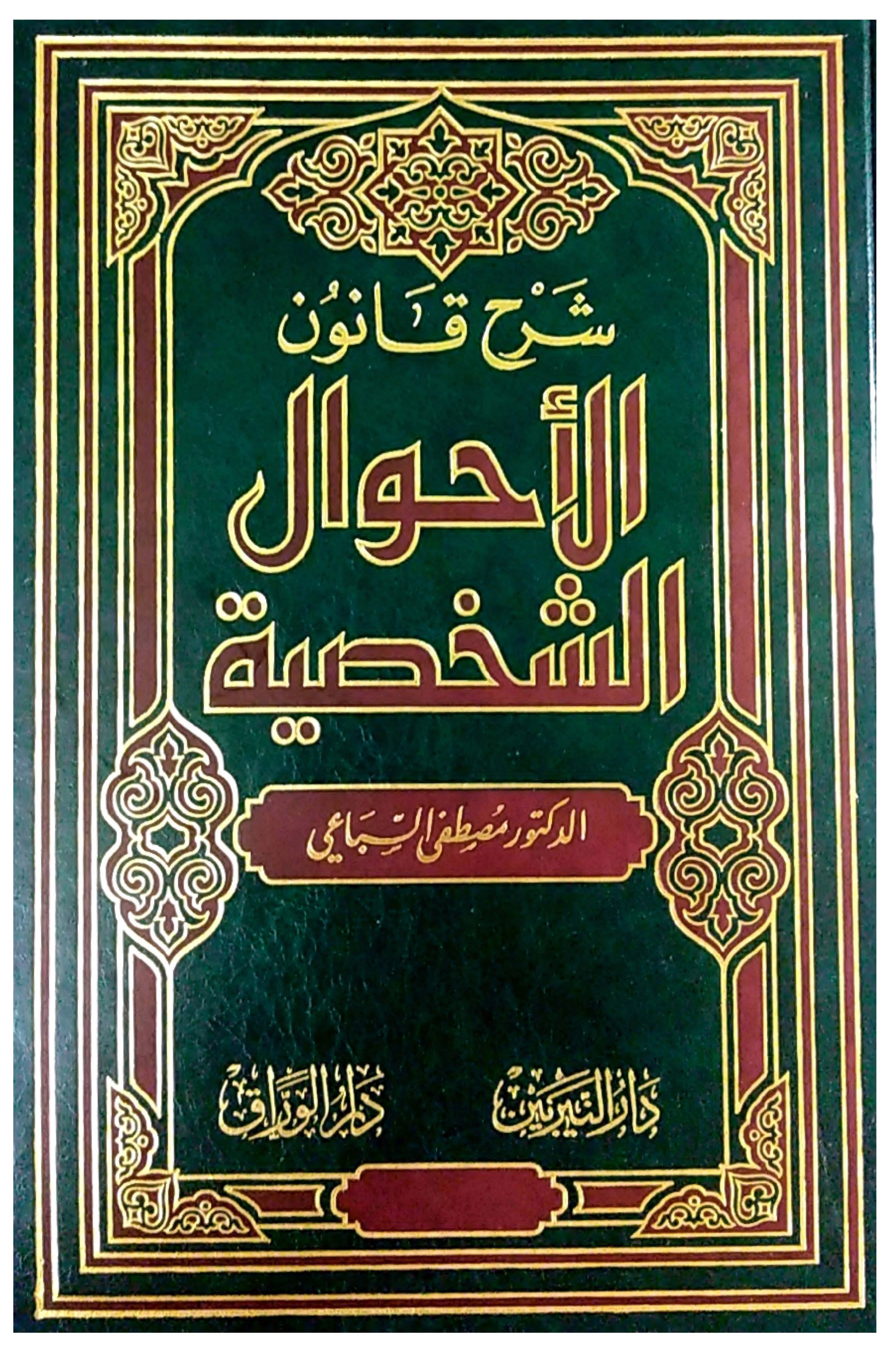
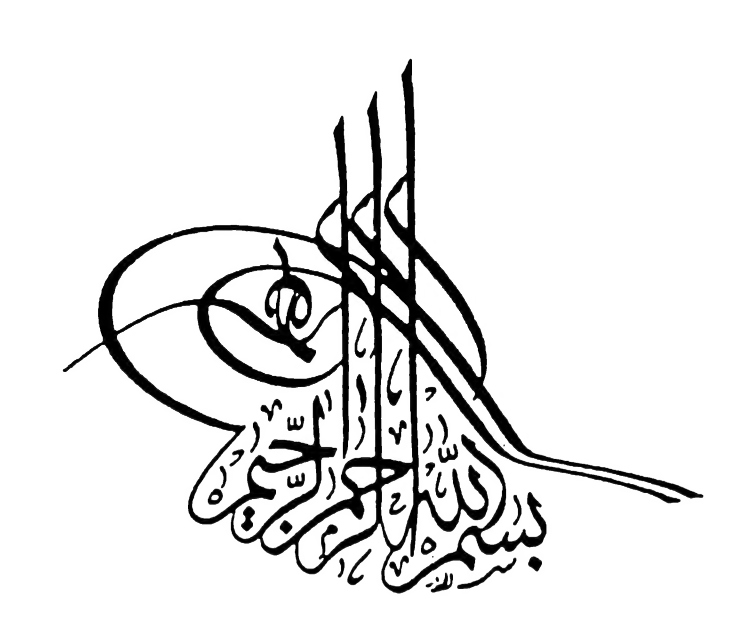

شرح قانون
الأحوال
الشخصية
الدكتور مصطفى السباعي
دار النيرين
دار الوراق


بسم الله الرحمن الرحيم

شرح قانون الأحوال الشخصية

الجزء الأول

الزواج وانحلاله

تأليف

الدكتور مصطفى السباعي





الطبعة التاسعة
١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م



بيروت ـ هاتف وفاكس ٦٦٤٤٩٩/٠١ ـ ص ب: ١٤/٦٣٨٠
E.Mail:msibaie @hotmail.com
E.Mail:warrak @maktoob.com

المملكة العربية السعودية ـ الرياض ـ الرمز ١١٣٩١ ص ب ٦٤١
هاتف: ٤١٦٢٥٢٧ ـ فاكس ٢١٧٠٦٤٢



ص.ب: ٧٦٠٣ ـ دمشق ـ شارع الفردوس
هاتف: ٢٢٣٠٩١٤ ـ فاكس: ٢٢٣٩٩٩٦

مقدمة الطبعة الخامسة

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا هو الجزء الأول من شرح قانون الأحوال الشخصية المعمول به الآن في الجمهورية العربية السورية وهو نفس الكتاب في طبعاته السابقة غير ما أضفناه في بعض الهوامش، أو أصلحناه من الأخطاء المطبعية، أو غيرناه في بعض العبارات، وقد جعلناه الجزء الأول من شرح قانون الأحوال الشخصية.

أما الجزء الثاني فيتضمن أحكام الأهلية والوصية.

وأما الجزء الثالث فيتضمن أحكام المواريث.

ومن الله وحده نستمد العون والتوفيق ونستدفع البلاء ونرجو الرحمة.

دمشق: ١٥ من شعبان ١٣٨١

٢١ من كانون الثاني ١٩٦٢

مصطفى السباعي

تنبيه

ذكرنا في مقدمة هذه الطبعة من هذا الكتاب أنه هو نص الطبعة الأولى من غير زيادة أو تعديل، وقد كانت النيّة ـ حين بدأتُ بهذه الطبعة الجديدة ـ أن يكون كذلك؛ ولكني رأيتُ أن تضاف، إلى هذه الطبعة، أبحاثٌ جديدة مهمة، وضرورية، لثقافة الطالب وفهمه لبعض ما جاء في الكتاب من مواضيع البحث. وعلى ذلك فقد جاءت هذه الطبعة زائدة عن الطبعات السابقة بما يقرب من مائة صفحة، فاقتضى التنويه.

القسم الأول

وهو يتضمن:

١ ـ الكتاب الأول في الزواج وآثاره.

٢ ـ الكتاب الثاني في انحلال الزواج وآثاره.

٣ ـ الكتاب الثالث في الولادة ونتائجها.

الكتاب الأول

في الزواج وآثاره

وفيه أربعة أبواب:

الباب الأول: في الزواج والخطبة

الباب الثاني: وفيه ستة فصول:

الفصل الأول: الرضا والعلانية.

الفصل الثاني: الأهلية (في الزواج).

الفصل الثالث: الولاية في الزواج.

الفصل الرابع: الكفاءة.

الفصل الخامس: المحارم من النساء.

الفصل السادس: معاملات الزواج الإدارية.

الباب الثالث: في أنواع الزواج وأحكامها.

الباب الرابع: في آثار الزواج، وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في المهر.

الفصل الثاني: في المسكن.

الفصل الثالث: في النفقة.

تمهيد

أ ـ في معنى الأحوال الشخصية

يراد بالأحوال الشخصية، الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية، وهذا اصطلاح حقوقي حديث، أطلق في مقابلة «الأحوال المدنية» التي تنظم علاقات الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته.

ولم يكن الفقهاء قديماً يطلقون اسم «الأحوال الشخصية» على المبادئ الحقوقية والأحكام الشاملة للأسرة ومتعلقاتها، وإنما كانوا يطلقون اسماً خاصاً على كل بحث من أبحاثها. . فكتاب النكاح، وكتاب المهر، وكتاب النفقات وكتاب الطلاق، وكتاب النسب، وكتاب الحجر، وكتاب الوصايا، وكتاب الفرائض، وهكذا. وهي كلها ترجع إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

١ ـ أحكام الزواج وما يترتب عليه من مهر ونفقة ونسب ورضاع وطلاق وعدة وغيرها.

٢ ـ أحكام الأهلية والحجر والوصاية على الصغير وغيره، والوصية وأنواعها.

٣ ـ أحكام الإرث وما يتعلق به، وتسمى في الفقه بأحكام «الفرائض».

وقد جاء قانون الأحوال الشخصية الذي وضعنا هذا الكتاب شرحاً له، متضمناً هذه الأقسام الثلاثة وأبحاثها الرئيسة. .

ب ـ في تطور تقنين الأحوال الشخصية

لم يكن لدى القضاء الإسلامي قبل عهد أبي يوسف قاضي القضاة في عهد هارون الرشيد، مصدر لأحكام الأحوال الشخصية إلا أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة أنفسهم، إذ كان لا يلي القضاء إلا فقيه مجتهد،

ثم لم يكن للقضاء بعد ذلك منذ أبي يوسف حتى عام ١٣٣٦هـ من مرجع إلا كتب الفقه، وكان أكثر القضاة في هذه العهود على مذهب أبي حنيفة، إذ كان هو مذهب القضاة في الإمبراطورية العباسية، ثم أصبح مذهب الدولة الرسمي في الإمبراطورية العثمانية، اللهم إلا ما كان من القضاء في الأندلس إذ كان على مذهب مالك، وفي العهد الفاطمي في مصر إذ كان على مذهب الشيعة، وفي العهد الأيوبي إذ جعل القضاء على المذاهب الأربعة.

وكان القضاء في مسائل الأحوال الشخصية جزءاً من القضاء في سائر الأحكام الشرعية، إذ كان القاضي في الدولة الإسلامية يحكم بالشريعة في مختلف القضايا المالية والجزائية والتجارية وغيرها، فلم يكن ـ كما هو الحال اليوم ـ قضاء مدني وقضاء شرعي، بل كان القضاء واحداً يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.

ولما دب الخلل في جسم الإمبراطورية العثمانية في أواخر أيامها، وتطورت الحياة الاجتماعية تطوراً كبيراً بعد اتصال العالم الإسلامي بالحضارة الغربية نظم القضاء على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها، كما وضع في عام ١٢٨٦هـ قانون مدني سمي باسم «مجلة الأحكام العدلية» أخذ من أصح الأقوال وأضمنها للمصلحة العامة من مذهب أبي حنيفة رحمه الله في المعاملات، وظل العمل به قائماً في البلاد السورية، حتى ألغي في عهد حسني الزعيم، واستعيض عنه بالقانون المدني الصادر في ١٨ مارس ١٩٤٩ ولا يزال معمولاً به حتى اليوم.

أما مسائل الأحوال الشخصية فقد ظل العمل بها وفقاً لمذهب أبي حنيفة من غير تقنين، حتى صدر قانون حقوق العائلة في ٨ من المحرم ١٣٣٦هـ وهو غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية، ولكنه نص على اصلاحات متعددة مست الحاجة إلى الأخذ بها من غير مذهب أبي حنيفة من المذاهب الأربعة، ومن أهم هذه الإصلاحات: جواز التفريق بين الزوجين لسوء العشرة، واعطاء المرأة الخيار في فسخ النكاح إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالجنون والجذام والسل. والتفريق بين الغائب وزوجته إذا مضى على غيبته غيبة منقطعة، أربعة سنوات في الأحوال العادية، وسنة في حالة الحرب، وغير ذلك مما سنعرض له في شرح مواد هذا القانون.

غير أن قانون حقوق العائلة لم يرفع أسباب الشكوى من عدم تقنين الأحوال

الشخصية، ومن التقيد بمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فيما عدا ما نص عليه القانون المذكور. . ذلك أن الرجوع إلى كتب الفقه واختيار الأرجح من الروايات عن الإمام وصاحبيه، والمفتى به عند فقهاء الحنفية، أمر عسير شاق لا يتيسر إلا لذوي الاختصاص.

ويضاف إلى ذلك أن في غير المذهب الحنفي من المذاهب المعتمدة أقوالاً تتفق مع المصلحة، وتحتوي من اليسر والرفق والواقعية في بعض المسائل ما ليس في المذهب الحنفي، لذلك أجمع المهتمون بإصلاح الأسرة، والذين يتولون وظائف القضاء الشرعي ومحاكمه، على وجوب وضع قانون منظم للأحوال الشخصية يشمل شتى أبحاثها، ويكون مأخوذاً من المذاهب الإسلامية من غير تقيد بمذهب معين.

وقد استجابت وزارة العدل السورية لهذه الحاجة الملحة؛ فألفت في ٢٦/ ١٢/ ١٩٥١ لجنة من الأساتذة: محمد صبحي الصباغ القاضي الشرعي الممتاز بدمشق، ومصطفى الزرقا أستاذ الأحوال الشخصية في كلية الحقوق بدمشق، لتحضير مشروع قانون الأحوال الشخصية، والقيام بالدراسات اللازمة لهذه المهمة، ووضع مذكرة إيضاحية تبين بالتفصيل مراجع المشروع المحضر.

وقد أتمت اللجنة عملها، ووضعت مشروع القانون المقترح، ورفعته إلى وزارة العدل، وقد ثار بعض علماء الشريعة في دمشق على ما تضمنه المشروع الجديد من أحكام تخالف مذهب أبي حنيفة. . فنام المشروع حتى قدر له أن يبعث ويعتمد بعد تعديل بسيط في صياغة بعض مواده وترتيبها، فنشر في ١٧/ ٩/ ١٩٥٣ وأصبح قانوناً معمولاً به، وهو الذي وضعنا هذا الكتاب لشرحه.

أما مصر، فقد سبقتنا في التفكير في تقنين الأحوال الشخصية، والأخذ بما يتفق مع المصلحة العامة في هذا العصر من غير مذهب أبي حنيفة، فكانت أول فكرة انبثقت في عام ١٩١٥ إذ تألفت لجنة من كبار العلماء ممثلين للمذاهب الأربعة لوضع قانون عام للأحوال الشخصية مستنبط من المذاهب الأربعة المشهورة، وأتمت اللجنة عملها ورأت أن تعرضه على العلماء ورجال القضاء والقانون، فثارت في وجهه عواصف قضت عليه ووأدته في مهده.

وفي عام ١٩٢٠ تألفت لجنة من شيخ الأزهر وشيخ المالكية ورئيس المحكمة العُليا الشرعية ومفتي الديار المصرية وغيرهم من العلماء، لوضع قانون

في بعض مسائل الأحوال الشخصية، فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وقد تضمن الإصلاحات التالية:

أ ـ اعتبار نفقة الزوجية والعدة ديناً من وقت الامتناع، ولو لم يكن هنالك قضاء أو تراض، كما أجاز لزوجة العاجز عن النفقة طلب الطلاق، وتطلق عليه بعد التأجيل شهراً، وكذلك زوجة الممتنع عن الإنفاق، وزوجة الغائب من غير تأجيل إذا لم يكن له مال ظاهر.

ب ـ أعطى الزوجة حق طلب التفريق إذا وجدت بزوجها عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد زمن طويل.

جـ ـ اعتبار المفقود في حكم الميت بالنسبة للزواج إذا لم يعد بعد أربع سنوات، فتعتد الزوجة عدة الوفاة، ولها أن تتزوج غيره بعد مضي المدة.

هذا أهم ما جاء في القانون المذكور من مبادئ أخذت من مذهب الإمام مالك رحمه الله[١].

وفي عام ١٩٢٩ صدر القانون رقم ١٥ يتضمن الإصلاح في بعض أحكام الأحوال الشخصية، وأهم ما تضمنه:

أ ـ عدم وقوع طلاق السكران والمكره والطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه.

ب ـ الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً.

جـ ـ كنايات الطلاق لا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

د ـ كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون السابق رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

هـ ـ التفريق بين الزوجين للضرر وحصول الشقاق.

و ـ التفريق لغيبة الزوج سنة فأكثر، أو المحكوم عليه بالسجن لثلاث سنين فأكثر.

---

(١) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبي زهرة: ١٢.

كما تضمن القانون أحكاماً أخرى في دعوى النسب والنفقة والعدة والمهر وسن الحضانة والمفقود[١].

وفي عام ١٩٤٣م صدر القانون رقم ٧٧ لأحكام الميراث، ثم صدر في عام ١٩٤٦ القانون رقم ٤٨ لتنظيم بعض أحكام الوقف، ثم صدر القانون رقم ٧١ لعام ١٩٤٦ وهو يتضمن أحكام الوصية كلها[٢].

ولم يصدر حتى اليوم في مصر قانون شامل للأحوال الشخصية كلها كقانوننا الجديد.

أما في لبنان فلا يزال العمل قائماً بقانون حقوق العائلة، ولم يصدر قانون شامل للأحوال الشخصية، وقد قامت ضجة كبرى منذ سنوات حول مطالبة بعض الهيئات بوضع قانون مدني موحد للأحوال الشخصية لجميع الطوائف، إلا أن رجال الدين المسيحي وعلماء المسلمين قاوموا هذه الفكرة مما أدى إلى القضاء عليها.

وفي العراق حيث يعمل بالمذهبين السني والشيعي. . وضعت وزارة العدل عام ١٩٤٥[٣] قانوناً باسم «لائحة قانون الأحوال الشخصية» ليكون قانوناً متمماً لمشروع القانون المدني، ولم يتضمن كل الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كما أنه قد نص فيه على أحكام المذهب الجعفري ـ مذهب الشيعة الإثنى عشرية ـ ليعمل بها قضاة المحاكم الشرعية الجعفرية، وهذا القانون هو اختصار لقانون الأحوال الشخصية الذي وضعه المرحوم قدري باشا، وكله مأخوذ من مذهب أبي حنيفة فحسب[٤].

وفي تونس صدر قانون باسم «مجلة الأحكام الشخصية» في ٦ من المحرم ١٣٧٦ الموافق ١٢ أوغسطس ١٩٥٦، وهو شامل لجميع الأبحاث التي وردت في القانون السوري.

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية للأستاذ عبد الوهاب خلاف: ٢٨٩ ـ ٢٩٦.

(٢) الأحوال الشخصية لأبي زهرة: ١٣.

(٣) ذكر الدكتور صلاح الدين التاهي: أن هذه اللائحة صدرت عام ١٩٤٨، انظر كتابه «الأسرة والمرأة».

(٤) انظر الأحوال الشخصية لحسين علي الأعظمي: مقدمة الجزء الأول.

وفي المغرب الأقصى صدر قانون للأحوال الشخصية في ٢٨ ربيع الثاني ١٣٧٧ الموافق ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ وهو قاصر على أحكام الزواج وانحلاله.

وفي الأردن صدر قانون للأحوال الشخصية بتاريخ ١٣ شوال ١٣٧٠ الموافق ١٧ تموز ١٩٥١ وهو قاصر على أحكام الزواج وانحلاله.

جـ ـ من أين استمد القانون أحكامه؟

استمد قانون الأحوال الشخصية السوري أكثر أحكامه من فقه أبي حنيفة رحمه الله، واستمد بعض أحكامه الأخرى من المذاهب الأربعة، وأخذ ببعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون، أن من بين المصادر التي اعتمدت عليها اللجنة في وضعه وصياغته:

١ ـ قانون حقوق العائلة الذي جرى عليه العمل وتعارفه الناس وبنيت عليه الاجتهادات القضائية.

٢ ـ القوانين المصرية مع بعض التعديل أحياناً بما يوافق المصلحة المحلية.

٣ ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.

٤ ـ ما رأت اللجنة الأخذ فيه بمذهب غير المذهب الحنفي وما وضعته في مواد التنظيم التي لا تنافي الحكم الشرعي.

ثم نصت المذكرة الإيضاحية على الأحكام التي اختارتها خلافاً لما جاء في قانون حقوق العائلة وكتاب قدري باشا. ونحن نذكر موجزها على أن نفيض الكلام في كل واحدة منها في موضعها من القانون إن شاء الله.

أ ـ في الزواج:

١ ـ أن المعمول به الآن هو أن إشارة الأخرس تقوم مقام لفظه، ولما كانت الكتابة إشارة مبينة ثابتة، وكان الأولى بالأخرس أن يعبر بها عن قصده إن كان قادراً عليها، فقد أخذ القانون بذلك[1]، وهو قول معتبر للحنفية، وقد اختارته مصر في قانون الوصية[2].

---

(١) المادة: ١٠.

(٢) المادة الثانية من القانون المذكور.

٢ ـ لما كان المذهب الحنفي لا يعتبر الشروط في الزواج وكان من الضروري مراعاة الشروط التي تنظم الحياة الزوجية كاشتراط إسكان الزوجة في مكان معين، أو عدم التزوج عليها، فقد مشى القانون على قاعدة في الشروط العقدية استمدها من أقوال الحنابلة[1].

٣ ـ عدل القانون سن أهلية الزواج بما رأته اللجنة أدعى لحفظ المصلحة.

٤ ـ لما كان التفاوت الفاحش في السن بين الزوجين يؤدي إلى اضطراب الحياة الزوجية أو إلى فساد خلقي، وكانت المحاكم قد درجت على عدم الإذن بهذا الزواج إدارة، فقد نص القانون على أن للقاضي أن لا يأذن بهذا الزواج.

٥ ـ ولما كانت إباحة التعدد مشروطاً فيها شرعاً المقدرة على الانفاق على الزوجات جميعاً، وكان القانون قد أخذ بقول من قال بالتفريق لعدم الإنفاق فقد منع المتزوج من الزواج بأخرى إذا كان لا يستطيع الإنفاق على زوجتيه على قاعدة «سد الذرائع» وذلك مع بقاء الحكم على حاله من جهة صحة هذين الزواجين إذا وقعا، حفظاً للنتائج في الانساب وغيرها.

٦ ـ وقد عدل القانون عن المذهب الحنفي الذي يحدد أقل المهر بعشرة دراهم إلى المذاهب الثلاثة التي لا تجعل لأقله حداً، كما عدل عنه في جعل النفقة تابعة لحال الزوجين يساراً أو اعساراً، فجعلها تابعة لحال الزوج أخذاً من مذهب الشافعي الذي يوافقه قول للحنفية.

٧ ـ وجعل تقدير النفقة للقاضي مستعيناً إن شاء برأي الخبراء، وجعل له أن يأمر الزوج بإسلاف زوجته ما تنفق منه ريثما تنتهي الدعوى بينهما، وذلك لضرورة المصلحة، ولأن الشرع لا يمنع من هذا التنظيم.

ب ـ في الطلاق:

١ ـ نص القانون على عدم وقوع طلاق المدهوش أخذاً من مذهب الحنفية.

٢ ـ نص أيضاً على وقوع طلقة واحدة بالطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة، أخذاً بما رواه مسلم في صحيحه من أن (طلاق الثلاث كان يقع واحداً على عهد رسول الله ﷺ) وبرأي ابن تيمية.

---

(١) انظر شرح نظرية الحنابلة في الشروط العقدية شرحاً مفصلاً في المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا ص٣٢٨ ـ ٣٦١.

٣ ـ نص القانون على عدم إيقاع الطلاق غير المنجز إلا بالنية، وهذا رأي متقدمي الحنفية وبعض متأخريهم وطائفة من الشافعية والمالكية، كما نص القانون على إلغاء الطلاق المعلق الذي يقصد به مجرد اليمين وهذا رأي بعض الصحابة وفقهاء التابعين وغيرهم.

٤ ـ اعتبر القانون كل طلاق رجعياً سواء كان صريحاً أو كناية، إلا ما استثناه القانون كالطلاق على مال والمتمم للثلاث، أخذاً من مذهب مالك والشافعي.

٥ ـ قد يغيب الرجل مدة طويلة بلا عذر مقبول، ولا ينقل زوجته إليه ولا يطلقها لتتزوج غيره، أو يودع السجن لجريمة، وليس في مذهب الحنفية ما يعالج هذه الحالة، فأخذ القانون بمذهب مالك.

٦ ـ أخذ بالتفريق لعدم الانفاق من مذهب الشافعي وأحمد.

٧ ـ أوجب التعويض على الطلاق التعسفي للمرأة الفقيرة، أخذاً من استحباب المتعة للمطلقة، ومن أن للحاكم أن يأمر بالمندوب أو المباح إن كانت فيه مصلحة شرعية، فيصير واجباً عند فقهاء الحنفية.

جـ ـ في النسب:

أخذ القانون بالمبدإ الذي أخذ به القانون المصري من جعل أقصى مدة الحمل سنة شمسية، وقد قال بهذا محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية.

د ـ في النفقة:

عدل عن مذهب أبي حنيفة في نفقات الأقارب لصعوبته، ولما في بعض تطبيقاته من بعد عن قاعدة (الغرم بالغنم) في جعل النفقة على شخص والإرث لغيره، فأخذ القانون بمذهب أحمد الذي يوافق تلك القاعدة الشرعية، والآية القرآنية القائلة: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

هـ ـ في الأهلية:

أخذ القانون بالمبدإ الذي أخذ به القانون المصري للأهلية مع تعديلات يسيرة، وهو أحدث قانون في موضوعه في العالم وأكمله، وهو موافق لأحكام الشريعة الإسلامية ومستمد من أدلتها وقواعد الاستصلاح فيها.

و ـ في الوصية:

أخذ القانون أحكام الوصية من القانون المصري، وإن أهم ما فيه من جديد:

١ ـ الوصية بتنفيذ قسمة أعيان التركة بين الورثة، مأخوذة من أقوال بعض فقهاء الشافعية والحنابلة، وفي اعتبارها مصلحة.

٢ ـ صحة الوصية للمعدوم ومن هو في حكمه من مذهب مالك.

٣ ـ القتل المانع من الوصية من مذهب مالك.

٤ ـ أخذ بمبدإ الوصية الواجبة (وهي لأولاد المحروم أي الأولاد الذين مات أبوهم في حياة جدهم) بمذهب ابن حزم ورواية في مذهب أحمد، ومن قاعدة أن أمر الإمام بالمندوب أو بالمباح يجعله واجباً، وقد سبق إلى الأخذ بهذا المبدإ قانون الوصية المصري. أما تحديد مقدار الوصية لأولاد المحروم بمثل نصيب مورثهم لو كان حياً عند موت الجد، فمن قوله تعالى في آية الوصية: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠]. وتقديم الوصية الواجبة على الاختيارية، يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وما روي عن طاوس.

ز ـ في الميراث:

١ ـ أخذ القانون في تحديد القتل الذي يمنع من الإرث بمذهب مالك.

٢ ـ المسألة المشتركة عدل فيها عن مذهب أبي حنيفة إلى ما ذهب إليه مالك والشافعي.

٣ ـ ميراث الإخوة مع الجد أخذ فيه بمذهب زيد وابن مسعود.

٤ ـ الرد على أحد الزوجين إن لم يكن للميت وارث غيره أخذ فيه بمذهب عثمان.

٥ ـ توريث ذوي الأرحام عدل فيه عن مذهب محمد الذي كان عليه العمل لتعقيده وصعوبة تطبيقه، إلى مذهب أبي يوسف.

٦ ـ توريث الحمل اعتبر فيه مدة الحمل سنة، واشترط أن يولد كله لا أكثره حياً أخذاً بالمذاهب الثلاثة.

هذا ما رأينا أن نلخصه من المذكرة التفسيرية للقانون، ليكون القارئ على بينة من اتجاهاته العامة.

الكتاب الأول

في الزواج وآثاره

الباب الأول

في الزواج والخطبة

تمهيد

وضع الإسلام نظاماً محكماً للزواج يقوم على أقوى المبادئ وأضمنها لسعادة الأسرة واستتباب السلام وانتشار الفضيلة في المجتمع، وإليك أهم هذه المبادئ:

أولاً: ينبغي أن يكون الباعث على الزواج، إمداد المجتمع بنسل صالح وإشاعة السعادة والرغد في بيت الزوجية، حتى يسكن كل من الزوجين للآخر ويطمئن إليه ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١] أما أن يكون قضاء الشهوة مقصوداً من الزواج فذلك ما لا ينكره الإسلام، لأنه أمر غريزي، ولكن الإسلام يكره أن يكون قضاء الشهوة الباعث الأول على الزواج، ولذلك فضل السوداء التي تلد، على الحسناء العقيم، فقال عليه الصلاة والسلام: «**سوداء ولود، خير من حسناء لا تلد**»[(١)]، ولقد صرح عليه السلام بالغاية الأولى من الزواج في شريعته حين قال: «**تناكحوا تكثروا فإني مباهٍ بكم الأمم**»[(٢)] وليس أدل على ملاحظة الراحة النفسية والسعادة البيتية في طلب الزواج، من قوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧].

فانظروا ما أبلغ هذا التعبير وأروعه! إنه يشير إلى حاجة كل من الزوجين للآخر كحاجة الإنسان إلى اللباس يتزين به ويدفع عنه أخطار البرد والحر ويتقي به قبح العري وبشاعته، وكذلك الزواج يدفع عن كل من الزوجين أخطار العزوبة والفساد الخلقي، ويقيهما قبح الفاحشة وسوء التشرد.

ثانياً: إن سعادة الأسرة، ونجابة الأولاد، وحسن السيرة في المجتمع، يتوقف على حسن اختيار كلٍّ من الزوجين للآخر، اختياراً غير متأثر بعاطفة

---

(١) رواه الطبراني.

(٢) رواه النسائي وأبو داود.

هوجاء، أو مصلحة مؤقتة، أو منفعة زائلة، أو لذة عاجلة، فإن ذلك كله لا بد أن يؤدي بعد حين من الزواج إلى انطفاء جذوة الحب، وبرودة العاطفة بين الزوجين.. وإنما ينبغي أن يكون الاختيار قائماً على أساس يبقى ولا يزول، ويقوى مع مرور الزمن ولا يضعف، ذلك هو: الدين والخلق. والدين يقوى في الكهولة من حيث يضعف في الشباب، والخلق يستقيم بمرور الزمن وتجارب الحياة، فإذا اختار أحدهما الآخر لما يقوى مع الزمن وينمو مع العمر كان ذلك أضمن لاستمرار الحب ودوام المودة، ألا ترى الزوجين في البيئة المسلمة المستمسكة بخلق الإسلام وتعاليمه، لا يفكر أحدهما بخيانة الآخر ولا باستبداله ولا بكرهه؟ إن الزوج ليدخل في سن الثمانين، من حيث تدخل الزوجة في سن الستين أو السبعين، ولا يزال أحدهما يحن إلى الآخر ويأوي إليه كما كان في عهد الصبا والشباب. إنا نشاهد ذلك في آبائنا وأمهاتنا، ولا نعرف في البيئات المتدينة كثرة الخيانة الزوجية، أو الشقاق العائلي، أو النفرة التي تؤدي إلى افتراق الأجسام واتخاذ الخلان.

هذا هو الأساس الذي يختار عليه كل من الزوجين صاحبه وشريكه في الحياة.. وهو أساس وضعه الرسول الكريم بقوله: **«تنكح المرأة لأربع: لمالها ولجمالها ولحسبها ولدينها، فاظفر بذات الدين»**[1].

وأما النهي عن الجمال القبيح، فذلك في قوله: **«إياكم وخضراء الدِّمن**[2] **قالوا: وما خضراء الدمن يا رسول الله؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء»**.

وأما التحذير من عاقبة المال والجمال، فذلك هو قوله ﷺ: **«لا تزوجوا النساء لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن، فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدِّين، ولأمة سوداء ذات دين أفضل»**[3].

وليس هذا الاختيار لضمان الحب والسعادة بين الزوجين فحسب، بل هو لضمان نجابة الأولاد، واستقامة أخلاقهم وحسن سلوكهم، استمع إلى قوله عليه الصلاة والسلام وهو يقول: **«تخيروا لنطفكم»**[4].

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) جمع دمنة وهي ما تدمنه الإبل والغنم بأبوالها وأبعارها أي تلبده في مرابضها فربما نبت فيها النبات الحسن النضير (النهاية في غريب الحديث) لابن الأثير: ٢/ ٣٢.

(٣) رواه ابن ماجه. (٤) رواه الحاكم وابن ماجه والدارقطني.

ثالثاً: ولأن الغاية من الزواج هو ما ذكرناه، ألزم الإسلام الرجل بأن يقدم ما يدل على رغبته في معاشرة زوجته لمعان إنسانية كريمة، وذلك هو المهر، وليس المهر إلا رمزاً لإكرام المرأة واعزازها، ومن ثم فقد كره الإسلام التغالي في المهر، وقد زوج النبي ﷺ بعض أصحابه على أن يعلم زوجته ما يحفظه من القرآن كما قال لآخر: «**التمس ولو خاتماً من حديد**» أنه الإشارة إلى ما يرمز إليه المهر من تقدير للإنسانية السعيدة في المرأة، لا الشهوانية العارمة فيها...

رابعاً: ومع أن عقد الزواج في الإسلام عقد مدني بعيد عن الشكليات، إلا ما اقتضته حاجة الاستيثاق من العقد، وعدم التهرب من نتائجه الخطيرة، فقد استحب الإسلام أن يشهر الزواج ويعلن وتضرب عليه الدفوف، وتقام فيه الأفراح، ويدعى إلى وليمته الأقرباء والأصدقاء والجيران، حتى أن كثيراً من العلماء أوجب تلبية دعوة العرس، وكره التخلي عنها إلا لعذر؛ وقد قال عليه السلام: لعبد الرحمٰن بن عوف حين تزوج: «**أولم ولو بشاة**»[1] وقال: «**إذا دعي أحدكم إلى وليمة عرس فليجب**»[2] وذلك لأن الزواج بناء خلية جديدة في كيان المجتمع.. لا جرم إن كان من حق الشعب أن يحتفل به كما يحتفل بكل مناسبة كريمة تعود إليه بالنفع.. ولا جرم إن كان احتفال الشعب بإقامة خلية جديدة فيه، جديراً بأن يجعل الزوجين يحرصان كل الحرص على استمرار هذه الخلية الاجتماعية قائمة بعملها الاجتماعي العظيم من غير أن تضعف أو تتداعى.

خامساً: فإذا تم الزواج في جو من الحب النبيل، والبهجة الشعبية البريئة، أصبح كل من الزوجين مسؤولاً أمام الله عن حقوق الآخر، ورعاية كرامته، وحفظ غيبته. وأساس هذه الحقوق التكافؤ إلا في رئاسة الأسرة، فهي للرجل وذلك أمر طبيعي لا تنكره أشد الأمم تطرفاً في حرية المرأة، فها هو القانون الفرنسي يقول في المادة ٢٣٨: «الزوج رئيس الأسرة»[3] وهذا ما نادى به القرآن حين قال: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال عليه الصلاة والسلام: «**كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن**

---

(١) رواه البخاري. (٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب للدكتور حسن الأشموني ومحمد عبد الكريم ١ ـ ١٢٢.

رعيتها»[١]. وبذلك لا تمحى شخصية المرأة في حياتها الزوجية الجديدة، ولا تطغى عليها شخصية الزوج الحقوقية والاجتماعية، فالمرأة لا تزال تنسب إلى عائلتها وتحمل اسمها واسم أبيها، وهي مستقلة تمام الاستقلال في شؤونها المالية الخاصة، لا سلطان لزوج ولا لأب عليها في هذه الشؤون، تبيع وتشتري وتؤجر وتستأجر، وتتصرف سائر التصرفات التي تحتاج إلى الأهلية الكاملة في المعاملات.

وهذا حق لم تصل إليه المرأة الفرنسية حتى اليوم، فلقد كانت في القانون المدني الفرنسي حتى عام ١٩٣٧ قاصراً كالصبيان والسفهاء لا يجوز أن تتصرف في أموالها الخاصة إلا بإذن زوجها وموافقته، ومع أن القانون الذي صدر عام ١٩٤٢ قد رفعها من هذه المرتبة المهينة، وسمح لها أن تتصرف بريعها الشخصي، إلا أنه لا يزال يمنعها ـ بموجب نظام الأموال المشتركة ـ من كثير من التصرفات إلا بإذن زوجها، حتى أن إذن المحكمة وحده لا يكفي، وهذا يجعلها بلا ريب دون مكانة المرأة المسلمة، في استقلال شخصيتها واكتمال أهليتها. ولهذا قال الكاتب الفرنسي (ره نولد) بعد صدور قانون ١٩٤٢: «إن حلم المرأة الفرنسية وأملها لم يتحقق إلى الآن»[٢].

ولا يرد على هذا أن الإسلام أعطى المرأة في الميراث نصف نصيب الرجل، فذاك ـ كما ستطلع عليه في موضعه في الميراث ـ ناشئ عن الزام الرجل بتكاليف لا تكلف بها المرأة، وكذا لا يرد أن الإسلام جعل شهادة امرأتين تعادل شهادة رجل واحد، فذلك لطبيعة النسيان في ذاكرة المرأة في شؤون المعاملات التي لا تتصل بها. . ولا يرد أيضاً منع المرأة دون الرجل، أو نقص نصيبها عن نصيبه. . فذلك لاعتبارات اجتماعية وحقوقية واقعة، لا تتنافى أصلاً مع كمال أهلية المرأة وكرامتها في حياتها الزوجية كما لا يتنافى منع الموظف من التجارة، والجندي من الانتماء إلى الأحزاب السياسية، مع كرامتهما وحقوقهما المتساوية مع بقية المواطنين.

سادساً: على كل من الزوجين أن يعامل الآخر بسعة الصدر، وحسن الظن، وجميل الخلق **«خياركم خيركم لأهله»**[٣] فإذا بدا شيء من النفور بينهما، فليتحمل

---

(١) رواه البخاري. (٢) الزواج لزهدي يكن: ٢٦،٣١٥.

(٣) رواه الطبراني والترمذي وابن ماجه.

أحدهما من الآخر ما يكره من تصرفاته، إبقاء على السعادة الزوجية وصيانة لها من الانهيار ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ١٩] فإذا استفحل الخلاف وجب اللجوء إلى التحكيم، فإذا أخفق التحكيم في إعادة الصفاء إلى قلبيهما، جاء نظام الطلاق ليضع حداً لحياة النزاع، أو ليترك مجالاً لعودة الوئام إلى جو الأسرة، والطلاق على مراحل، فلا تأتي المرحلة الثالثة التي تفصم فيها عرى الزوجية نهائياً إلا بعد أن تكون القلوب قد فسدت بحيث لا يسعدها إلا الافتراق ـ وسنذكر تمام نظام الطلاق في موضعه إن شاء الله ـ وبذلك كان الإسلام واقعياً في تقديره كل ما قد يلابس الحياة الزوجية من مشاكل، وما تحتاج إليه من حلول حاسمة ولو كانت قاسية، فجنب المجتمع مآسي الافتراق الجسدي أو الخيانة الزوجية، التي كانت تئن أوروبا من وطأتها قبل أن تبيح الطلاق في شرائعها.

سابعاً: وكما كان الإسلام واقعياً في نظام الطلاق وإباحته للحاجة كعلاج لشقاء الزوجين وتعاستهما، كذلك كان واقعياً حين أباح تعدد الزوجات، ومهما قيل في أضرار التعدد، فإن واقع الحياة يجعل هذا التعدد في ظل الشرائع التي لا تبيحه أمراً محتماً كما يقع في ظل الإسلام الذي يبيحه، غير أن الإسلام يجعل للتعدد حدوداً وشروطاً، وللنساء اللاتي يتصل بهن الرجل عن طريق التعدد المشروع حقوقاً وكرامة وواجبات يلتزم الرجل القيام بها نحوهن ونحو أولادهن، أما تلك الشرائع فإنها حين تنكر التعدد المشروع، تعترف بالتعدد كأمر واقع، من غير أن تجعل له حدوداً، أو تجعل للنساء اللاتي اتصل بهن الرجل حقوقاً، وتترك كرامتهن تحت أقدام الرجال من رواد الشهوات.

ثامناً: وبعد أن ينظم الإسلام العلاقة بين الزوجين وئاماً وخلافاً، ينظم شؤون الأبوين مع الأولاد، وأول ما يبدأ من ذلك بتوصية الأبوين بأن يحسنا اختيار اسم ولدهما، ويبتعدا عن الأسماء القبيحة **«إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فحسنوا أسماءكم»**[(١)] **«وكان ﷺ يغير الاسم القبيح»**[(٢)].

ثم يوصيهما بحسن تربية ولدهما وتأديبه **«الزموا أولادكم وأحسنوا أدبهم»**[(٣)]. حتى إذا أخذ يعقل الأشياء ويميز المعاني، عوّداه أفعال الخير وأعمال الطاعة **«مروا**

---

(١) رواه أبو داود وابن حبان.
(٢) رواه الترمذي.
(٣) رواه ابن ماجه.

أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين»[١].

وللوالدين سلطة التأديب والزجر حتى بالضرب، إلا أنه الضرب الخفيف الذي لا يؤذي ولا يكون على الوجه أو مواطن الخطر في الجسم.

وعلى الولد أن يحترم أبويه ويطيعهما ويتقرب إلى الله ببرهما، ولو كانا مخالفين له في العقيدة، فإنما يلزمه أن يعاملهما بالحسنى من غير أن يطيعهما فيما يعتقد أنه كفر وضلال ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥].

والإسلام يعتبر عقوق الولد لابويه من كبريات الجرائم، وهو ينهى عن ايذائهما حتى بالقول والتأفف، ولعلك تجد في هذه الآيات التي سنتلوها عليك طرازاً رفيعاً من الأدب العائلي، يملك عليك مشاعرك وقلبك ﴿۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإسراء].

وهكذا يقيم الإسلام العلائق بين الأولاد وبين آبائهم على أساس من الحب والرعاية والأدب، حتى إذا بلغوا مبلغ النضج العقلي، كانت العلاقة بين الفريقين علاقة حق ممزوج بالوفاء من جانب الأولاد، وبالشفقة والحنو من جانت الآباء والأمهات.

ولعل من الخير أن نذكر هنا أن الإسلام يوصي ببر الأم أكثر مما يوصي بالأب.

«فقد جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله! من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك، قال: ثم من؟ قال: أمك. قال: ثم من؟ قال: أبوك»[٢].

«وجاء رجل آخر إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقال: يا رسول الله! أردت أن أغزو (أجاهد) وقد جئت أستشيرك؟ فقال: هل لك من أم؟ قال: نعم قال: فالزمها فإن الجنة عند رجليها»[٣].

---

(١) رواه ابن ماجه. (٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) رواه ابن ماجه والنسائي.

وهذه عناية بالغة بالأم، ورفع من شأنها فوق شأن الأب، وقد يستغرب بعض الناس تفضيل الأم على الأب في مثل هذا، وليس له من سبب إلا أن الولد منذ يدخل في طور التمييز والإدراك، يرى كل ما حوله يشعر بفضل الأب عليه، فهو الذي يطعمه ويكسوه ويعلمه وينفق عليه ويشرف على تأديبه، بينما تكون أمه في المراحل السابقة هي صاحبة الفضل الأكبر عليه والعناء البالغ في سبيله؛ حملت به جنيناً، وأرضعته وليداً، وسهرت عليه الليالي عليلاً مريضاً، لا جرم أن كان في حاجة حين يكبر إلى من يذكره بفضل أمه عليه حين كان لا يعي ولا يعقل.

تاسعاً: وإذا تحولنا من العلائق الأدبية بين الولد وأبويه، إلى العلائق الحقوقية، وجدنا عناية الإسلام بالغة بالفريقين على السواء، فأحكام الأهلية والولاية والوصاية قد نظمت الاشراف على شؤون الولد الصغير عند وجود أبويه، واليتيم عند فقد الأب أو كليهما.

وأحكام النفقات كفلت إنفاق الولد على أبويه حين يستغني ويفتقران، أو حقه في ماليهما حين يفتقر ويستغنيان، كما كفلت أيضاً إنفاق الزوج على زوجته والرجل على أقربائه حتى تلف الأسرة كلها بوشاح من التراحم والتعاون يغمرها بالسعادة والكرامة.

وأحكام الميراث بينت نصيب كل من أفراد الأسرة في مال الميت، وسيأتيك الحديث عنها وعن ميزاتها في أبحاث الإرث.

عاشراً: ونختم هذه المبادئ التي يقوم عليها نظام الأسرة في الإسلام بالمبدإ الهام الذي كان ذا فضل كبير في إشاعة الثقة والطمأنينة والسعادة في محيط الأسرة، وهو التشديد في تحريم الزنى وكل ما يؤدي إليه.

فالزنى في الإسلام جريمة كبرى، جزاؤها للمتزوج والمتزوجة الموت رجماً، ومع ما في هذه العقوبة من قسوة، فإنها ذات أثر بالغ في ردع الناس عن الوقوع في هذه الفاحشة، وكما حرم الإسلام الزنى فقد حرم الاختلاط بين الرجال والنساء في مجالات اللهو والرقص والنوادي التي تلعب فيها الخمرة برؤوس روادها، وحرم خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية عنه، وسفرها من بلد إلى آخر من غير قريب محرم.. وزاد الإسلام على ذلك، فحرم النظر الفاحش، وأمر بالغض من البصر والعفة في النظر:

﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ [النور: ٣٠].

﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ [النور: ٣١].

﴿يَعْلَمُ خَآئِنَةَ ٱلْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِى ٱلصُّدُورُ ﴿١٩﴾﴾ [غافر].

وللدخول على البيوت آداب ليس هنا محل الحديث عنها، وحسبنا أن نشير إلى أنها تدور حول صيانة السمعة العائلية من إشاعات السوء، كما تحوط الزوجة من أن يزورها إلا أحد أقربائها المحارم، فلا يحوم الشيطان حول قلب زوجها يحدثه أحاديث الشر عن زوارها، كل ذلك ليحتفظ جو الأسرة بأريج الثقة والسلام وليس أبعث على العداء والشقاق والانفصال، من انحراف السيرة، أو استيلاء الشك، أو انتشار أقاويل السوء والبهتان.

تعريف «الزواج»

أ ـ لغة:

الزواج في اللغة هو الاقتران والاختلاط، تقول العرب: «زوج فلان إبله» أي قرن بعضها ببعض، وتقول: «تزوجه النوم» أي خالطه، ومنه قوله تعالى: ﴿ٱحْشُرُوا۟ ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ وَأَزْوَٰجَهُمْ﴾ [الصافات: ٢٢] أي قرناءهم الذين كانوا يحضونهم على الظلم ويغرونهم به[١].

ب ـ شرعاً:

عرفه الفقهاء بتعاريف متقاربة، منها: تعريف صاحب الكنز «عقد يرد على ملك المتعة قصداً»[٢].

وعرفه قانوننا بما يلي:

المادة: ١ ـ الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل.

ويلاحظ في هذا التعريف أمور:

١ ـ أنه صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، بينما جاء تعريف بعض الفقهاء مبهماً باطلاق لفظ «المتعة» والاستمتاع المقصود في عقد الزواج وإن كان هو استمتاع الرجل بالمرأة بداهة، إلا أن خلو التعريف من ذكر ذلك، يجعله غير مانع، ومن شروط التعريف أن يكون جامعاً مانعاً.

٢ ـ أنه قيد المرأة بمن تحل له شرعاً وهذا كان معلوماً من الشرائط التي ستذكر في عقد الزواج، إلا أن إغفاله في التعريف الفقهي قصور تلافاه القانون،

---

(١) تفسير ابن كثير: ٤/ ٤.

(٢) الزيلعي على الكنز: ٢/ ٤٩.

فإن عقد الرجل على امرأة تحرم عليه كأمه أو أخته، ينطبق عليه التعريف القائل «بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً» مع أنه عقد باطل لا يعترف به الشارع ولا يرتب عليه آثار الزواج الشرعي[1].

٣ ـ أنه لم يتعرض لموضوع عقد الزواج وآثاره القانونية، وموضع العقد هو «الاستمتاع» وآثاره «الإباحة» أما ما ذكره القانون فهو غاية للعقد، فيكون القانون أهمل موضوع العقد وذكر غايته.

وتعريف الفقهاء تعريف علمي، فإن كل عقد لا بد له من موضوع يرد عليه، فعقد البيع موضوعه «السلعة» التي تم التعاقد عليها، وأثره ملك المشتري للسلعة، وملك البائع للثمن، وعقد الإجارة موضوعه «المنفعة» وأثره ملك المشتري للمنفعة، وملك البائع لبدل الايجار، وكذلك عقد الزواج لا بد له من موضوع وثمرة. أما الموضوع فهو الاستمتاع والمعاشرة كما قلنا، وأما ثمرته فهي حل الاستمتاع على الوجه المشروع، فإغفال القانون لذلك في تعريفه قصور.

ولعل عذر القانون في هذا الإغفال، هو الخشية من أن يظن أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية منه وهو الاشتراك في الحياة والتناسل.

---

(١) هذا رأي جمهور الفقهاء، ولكن قانوننا يذهب إلى أن مثل هذا العقد فاسد لا باطل. (انظر ذلك في بحث العقد الباطل من هذا الشرح).

هل الزواج عقد مدني أم ديني؟

ينظر الإسلام إلى عقد الزواج كعقد من العقود المدنية محاط بهالة من القدسية تجعله مطبوعاً بطابع ديني.

أما أنه عقد مدني فلأنه ـ كما سيأتي معنا يشترط فيه ما يشترط في كل عقد من الرضى الذي يدل عليه الايجاب والقبول، وهو بذلك لا يزيد على عقدٍ ما من العقود المدنية الأخرى.

نعم إن الإسلام يشترط فيه الاشهاد، وليس ذلك إلا احتياطاً في ضمان النتائج الحقوقية المترتبة عليه، وإنها نتائج خطيرة ذات مكانة كبيرة في المجتمع، فمعاشرة الرجل لامرأة معاشرة مستديمة، قد يختلط الأمر فيها بين أن يكون زواجاً وبين أن يكون سفاحاً، فلا بد من الإشهاد على إرادة الحياة الزوجية من معيشتهما معاً، وللزوجية حقوق وواجبات ـ سنبحث عنها في موضعها إن شاء الله ـ وهي عرضة للجحود والنكول من كل من الرجل والمرأة، كما أن ثبوت نسب الولد من أبويه واستحقاقه الإرث من مالهما، يحتاج إلى أن يكون عقد الزواج الذي جاء بسببه عقداً موثقاً معترفاً به، وطريق ذلك الاشهاد، فاشتراطه في العقد لا يجعله شكلياً ذا طقوس ورسوم، وإنما هو احتياط من انكار آثاره في المستقبل.

وأما أنه مطبوع بطابع ديني، فذلك من أنه مطلوب في نظر الشريعة، والقيام به عمل يتقرب به المسلم من ربه، وهو سنة من سنن النبي ﷺ، ولذلك يحتفل به احتفالاً خاصاً لا يوجد في العقود الأخرى، ويبدأ عقده بخطبة ـ قال أكثر العلماء: إنها مسنونة ـ تتضمن شكر الله على ما أنعم به على الزوجين من التوفيق لحياة الزوجية الفاضلة، مقروناً بالآيات والأحاديث التي تذكر الزوجين بمسؤوليتهما المباشرة أمام الله، فعلى كل منهما أن يراقب الله ويجعله على الآخر وكيلاً.

ذلك هو كل ما في الزواج من طابع ديني، وما عداه فأمر عادي لا صلة له

بالمعنى الديني للزواج في الشرائع السابقة، أما ما طلبه القانون في الفصل السادس من الاجراءات القانونية لعقد الزواج، ولزوم موافقة القاضي الشرعي عليه، فهو ليس إلا من قبيل التنظيم الإداري الذي تشرعه الدولة لضمان حقوق الناس، ومخالفته لا تقتضي بطلان العقد بل العقوبة والغرامة المالية، وأما ما يفعله الناس من إجراء العقد على يد شيخ من علماء المسلمين، فليس ذلك إلا رغبة منهم في اسباغ الجلال والهيبة على حفلة العقد، وإلا فالعقد صحيح متى أجراه الزوجان أو وكيلاهما بحضور شاهدين وموافقة الولي في الحالات التي تجب فيها موافقة الولي في أي زمان وفي أي مكان وعلى يد أي إنسان وليس لعلماء الشريعة سلطان في منع الزواج أو الإذن به.

وموقف الإسلام هذا من عقد الزواج جاء موقفاً وسطاً بين اتجاهين متعارضين.

الاتجاه الأول: أن عقد الزواج عقد ديني بحت لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين وبواسطتهم، فإذا عقد خارجاً عن ذلك لم يكن معترفاً به في الدين ولا تترتب عليه آثاره، وهذا ما قررته الشرائع الوثنية قاطبة، وقررته الديانة المسيحية فيما بعد.

الاتجاه الثاني: أن عقد الزواج عقد مدني بحت فلا علاقة له بالدين ولا صلة له به، وهذا ما نادت به الشيوعية وذهبت إليه أكثر القوانين الغربية الحديثة. وإن كانت لا تمانع في إجراء عقده في الكنيسة بعد أن يتم اجراؤه في سجلات الدولة الرسمية.

والإسلام في موقفه الوسط ينسجم مع مبادئه العامة، فالإسلام لا يعرف طبقة تسمى طبقة «رجال الدين» والمسلمون جميعاً متساوون في الحقوق والواجبات والمكانة الاجتماعية والدينية ، ولا يتفاوتون إلا بالتقوى، أما علماء الشريعة فهم كرجال القانون والطب والهندسة، مختصون في علم الشريعة وتعليمها للناس، من غير أن يكون لهم امتياز في حق أو مكانة في المجتمع إلا بمقدار ما يقدم أحدهم من جهد وعمل وخدمة للناس، وشعار الإسلام في ذلك ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] وقوله ﷺ لابنته فاطمة: **«يا فاطمة بنت محمد: إعملي فلن أغني عنك من الله شيئاً»** وقوله: **«إنما أهلك من كان قبلكم أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الوضيع أقاموا عليه الحد، أما والذي نفس محمد**

بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»[1].

ولقد أمر الله رسوله أن يعلن للناس أنه بشر مثلهم، لا يملك إلا دلالتهم على الحق، وقيادتهم إلى الخير: ﴿قُلْ إِنَّمَآ أَنَا۠ بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ﴾ [الكهف: ١١٠] هو لا يملك السيطرة على ضمائرهم، ولا إكراههم على عقائدهم، بل إن مهمته هي كما حددها الله في كتابه: ﴿فَذَكِّرْ إِنَّمَآ أَنتَ مُذَكِّرٌ ﴿٢١﴾ لَّسْتَ عَلَيْهِم بِمُصَيْطِرٍ ﴿٢٢﴾﴾[2] [الغاشية].

هذا هو وصف عقد الزواج في الإسلام: «عقد مدني محاط بإطار ديني» وهو بذلك يخلص الناس من أثقال الرسوم والطقوس التي كانت تلزم بها أوروبا قبل عهد الثورة الفرنسية، ويحتفظ في الوقت ذاته بقدسية الزواج في نفس الزوجين بما يكون له أبعد الأثر في سعادتهما الزوجية، وسعادة المجتمع بزواجهما.

إن المسلم حين يجري عقد الزواج عادياً بسيطاً، إنما يفعل ذلك في جو نفسي خاشع بينه وبين الله وحده، إذ يعتقد أن الله ربط بينه وبين زوجته برباط إلٰهي يخضع نفسيهما للحق والخير، قبل أن تقوم القوانين على إخضاع جسميهما للعقوبة والزجر، ومن ثم فهما لا يقدمان حسابهما عن القيام بواجباتهما للدولة ولا لرجال الشريعة، بل لله العليم بكل شيء، المالك لكل أمر، المحاسب على خطرات النفس وخيانة الأعين، والزوج حين يؤدي مسؤوليته كاملة نحو زوجه وأولاده، ويبذل في سبيلهم ما يستطيع من عناء ومال، إنما يحتسب ذلك كله عند الله، مطمئن النفس إلى أنه قام بواجبه نحو المجتمع في إقرار الفضيلة والسلام في أرجائه، وقدم للمثل الإنسانية الكريمة أمثلة حية من أفلاذ أكباده، رباهم على كرم الأخلاق وأطهر النيات، ليكونوا في عداد حسناته يوم يقف بين يدي الله العليم الحكيم.

* * *

حكم الزواج في الشرائع

الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة عن طريق الزواج هو الطريق الذي

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) انظر بحث العلاقة بين رجال الدين وبين الدولة في كتاب: «الدين والدولة في الإسلام» للمؤلف.

عرفته الإنسانية في مختلف عصورها ونادت به الشرائع السماوية وغيرها.

ذلك أن العزوبة حال غير طبيعية، ولا يقوم بها عمران؛ ولا تنشأ في جوها حضارة.. وإذا اختار بعض الأفراد في كل مجتمع حياة العزوبة فذلك هو الشاذ في حياة الجماعات والأمم، ولا يكون تفضيل العزوبة على الزواج إلا في المجتمعات التي أصيبت ببعض مساوئ الحضارة أو مشكلاتها.

والاتصال الجنسي من غير عقد ولا قيد - أي الشيوعية الجنسية - مما يتنافى مع الطبيعة الإنسانية البريئة، وقيام المجتمعات والحضارات، ولذلك لم تعرف الشيوعية الجنسية الشاملة في بيئة من البيئات البدائية أو المتحضرة، ولا في عصر من العصور القديمة أو الحديثة.

فالزواج هو الطريق المعقول المتفق مع مصلحة المجتمع ورقي الإنسان وانتظام شؤون الجماعات.

وإذا كان كذلك فما موقف الشرائع من الترغيب فيه استحباباً أو وجوباً أو غير ذلك؟

سنستعرض الأمر استعراضاً تاريخياً، أي سنذكر حكم الشرائع الإلٰهية مرتبة بحسب أقدميتها:

أ - في اليهودية:

الشريعة اليهودية خاصة ببني إسرائيل، ومع أن موسى عليه السلام كان مرسلاً من الله إلى بني إسرائيل بشريعة بعيدة عن أجواء التعصب القومي، فقد قلبها اليهود من بعده إلى ديانة قومية متعصبة، وجعلوا ما جاء فيها من أحكام تشريعية، إنما يقصد منها مصلحتهم كيهود، من حيث الاحتفاظ بجنسيتهم وثروتهم وكيانهم من الاندثار والتشتت والضياع.

ولذلك أمثلة كثيرة تجدها في أسفار التوراة المعترف بها عندهم. نذكر منها موقفهم من الزواج:

فالزواج عندهم فرض على كل قادر عليه، ومن عاش عزباً كان سبباً في غضب الله على بني إسرائيل[1]، ويقرر فقهاؤهم أن جريمة من يحجم عن الزواج

---

(١) المقارنات والمقابلات: ٣١٠.

مع القدرة عليه تعدل جريمة القاتل، لأن كليهما «يطفئ نور الله أو ينقص ظله في أرضه، ويبعد رحمته عن إسرائيل»[١].

وعندهم أن تخليد اسم الأسرة، وتوثيق صلتها بالرب، يتوقف على إنجاب البنين، حتى أن الزوجة الشرعية نفسها إذا لم ترزق بولد ذكر تبيح لزوجها أن يتخذ من جاريتها أو جارية زوجها فراشاً عسى أن يأتي منها بابن يخلد ذكرى الأسرة، فإذا جاءت جاريتها بابنٍ كان ابناً للزوجة لا للجارية التي ولدته[٢].

جاء في سفر التكوين ـ الإصحاح ١٦ ـ: «وأما ساراي امرأة إبرام (إبراهيم) فلم تلد له، وكانت لها جارية مصرية اسمها هاجر، فقالت ساراي لإبرام: هو ذا الرب فقد أمسكني عن الولادة (وذلك قبل أن تلد إسحاق) أدخل على جاريتي لعلي أرزق منها بنين... فدخل على هاجر فحبلت... فولدت هاجر لإبرام ابناً، ودعا إبرام اسم ابنه الذي ولدته هاجر: إسماعيل».

وفي سفر التكوين أيضاً ـ الإصحاح ٣٠ ـ: «فلما رأت راحيل أنها لم تلد ليعقوب غارت راحيل من أختها، وقالت ليعقوب: هب لي بنين وإلا فأنا أموت، فحمي غضب يعقوب على راحيل، وقال: ألعلي مكان الله الذي منع عنك ثمرة البطن؟ فقالت: هو ذا جاريتي «بِلْهَة» أدخل عليها فتلد على ركبتيَّ وأرزق أنا أيضاً منها ببنين، فأعطته «بِلْهَة» جاريتها زوجة فدخل عليها يعقوب فحبلت «بلهة» وولدت ليعقوب ابناً. فقالت راحيل: قد قضى لي الله وسمع أيضاً لصوتي وأعطاني ابناً إلخ...».

ذلك هو حكم الزواج وتلك فلسفته عندهم.

غير أنه في القرن الثاني قبل الميلاد ظهرت فيهم فرقة تسمى «الحسديين» (أي المشفقين) لها مبادئ تنفرد بها عن جمهرة اليهود، منها: «الرغبة عن جميع متع الجسم، والنظر إليها على أنها شرور، واعتبار التبتل والبعد عن النساء من أمهات الفضائل، ومن ثم حرموا على أنفسهم الزواج»[٣] ومن الواضح أن هذه المبادئ لم تلق رواجاً لدى جماهير اليهود، وإلا لكان انتهى أمرهم إلى الانقراض فتنحل بذلك مشكلة الإنسانية الكبرى!

---

(١) قصة الزواج والعزوبة في العالم: ٦. (٢) المصدر السابق.
(٣) المصدر السابق: ٣٥.

ب ـ في المسيحية

من الثابت أن المسيح عليه السلام لم يتزوج، وكذلك كان تلاميذه (الرسل) وقد جاء في إنجيل متى ـ الإصحاح ١٩ الآيات ٣ ـ ١١ ـ ما يلي:

«وجاء إليه (إلى المسيح عليه السلام) الفريسيون (فئة من اليهود) ليجربوه قائلين له: هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب؟ فأجاب وقال لهم: أما قرأتم أن الذي خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى، وقال: من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً، إذاً ليس بعدُ اثنين، بل جسد واحد، فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان، قالوا له: فلماذا أوصى موسى أن تعطَى كتابَ طلاق فتُطلّق؟ قال لهم: إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم، ولكن من البدء لم يكن هكذا، وأقول لكم: إن من طلق امرأته إلا بسبب الزنى وتزوج أخرى يزني، والذي يتزوج بمطلّقة يزني، قال له تلاميذه: إن كان هكذا أمر الرجل مع المرأة فلا يوافق أن يتزوج؛ فقال لهم: ليس الجميع يقبلون هذا الكلام، بل الذين أعطيَ لهم، لأنه يولد خصيان ولدوا هكذا من بطون أمهاتهم، ويوجد خصيان خصاهم الناس، ويوجد خصيان خصوا أنفسهم لأجل ملكوت السمٰوات، من استطاع أن يقبل فليقبل».

وهذا صريح في تفضيل الرهبانية والعزوبة والانقطاع للعبادة على الزواج.

وإذا انتقلنا إلى بولس (الرسول) وهو المؤسس الأول للتنظيم الكنسي في الديانة المسيحية نجده في رسائله إلى المسيحيين يحبذ لهم حياة العزوبة والرهبانية.

جاء في رسالته الأولى إلى أهالي «كورنثوس»[1] ـ الإصحاح ٧ مايلي:

«وأما من جهة الأمور التي كتبتم لي عنها فحسن للرجل أن لا يمس امرأة، ولكن لسبب الزنا ليكن لكل واحد امرأته، وليكن لكل واحدة رجلها... ولكن أقول لغير المتزوجين وللأرامل: إنه حسن لهم إذا لبثوا كما أنا، ولكن إن لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا، لأن التزوج أصلح من التحرق».

فهذا صريح في أنه يفضل حياة العزوبة على الزواج إلا إذا كان لا يملك نفسه من الوقوع في الفاحشة فالزواج له أحسن.

---

(١) مدينة قديمة في بلاد اليونان كانت تعتبر مستعمرة رومانية.

ثم يفضّل للعذارى أن يبقين كما هنّ «وإن تزوجت العذراء لم تخطئ» ولكنه يشفق على المتزوجين والمتزوجات مما ينالهن بسبب الزواج من ضيق الجسد، ثم يبرهن على أن غير المتزوج وغير المتزوجة أفضل من المتزوج والمتزوجة بقوله: «غير المتزوج يهتم فيما للرب كيف يرضي الرب، وأما المتزوج فيهتم فيما للعالم كيف يرضي امرأته، إن بين الزوجة والعذراء فرقاً: غير المتزوجة تهتم فيما للرب لتكون مقدسة جسداً وروحاً، وأما المتزوجة فتهتم فيما للعالم كيف ترضي رجلها».

ويقول عن تزويج الرجل لبناته: «من زَوَّج فحسناً يفعل، ومن لا يزوج يفعل أحسن».

ويدعي «الدكتور براون» شارح هذه الرسالة بأن بولس قد غيَّر رأيه في أخريات حياته نتيجة للتجارب التي شاهدها، فأوصى بالزواج من غير تحفظ[1]، وذلك كما جاء في رسالته الأولى إلى «تيموتاوس» ـ الإصحاح ٥ ـ ما يلي:

«أما الأرامل الحدثات... فأريد أن يتزوجن ويلدن الأولاد ويدبرن البيوت».

وفي الإصحاح الرابع من هذه الرسالة يعتبر بولس أن المنع من الزواج هو من صفات المرتدين «التابعين للأرواح المضلة وتعاليم الشياطين».

وأيّاً ما كان فإن الثابت عن آباء الكنيسة في القرون الأولى للمسيحية، أنهم كانوا ينفرون من الاتصال بالمرأة، ويعتبرونها مصدراً للشر وسبباً للغواية، ويحملونها وزر أمها حواء التي أغوت آدم فكانت سبباً في إخراجه من الجنة.

يقول «ترتوليان» أحد كبار رجال الكنيسة (١٦٠ ـ ٢٤٠م) في المرأة:

«إنها مدخل الشيطان إلى نفس الإنسان، وإنها دافعة بالمرء إلى الشجرة الممنوعة، ناقضة لقانون الله، ومشوهة لصورة الله ـ أي الرجل ـ»[2].

ويقول «سوستام» وهو من كبار رجال الكنيسة أيضاً عن المرأة:

«هي شر لا بد منه، ووسوسة جبلّيّة، وآفة مرغوب فيها، وخطر على الأسرة

---

(١) تفسير رسالة كورنثوس الأولى: ص ٨١.

(٢) الحجاب للأستاذ أبي الأعلى المودودي: ص٢٦.

والبيت، ومحبوبة فتاكة، ورُزء مطليّ ممّوه»[1].

ولعل عذرهم في هذا الموقف الشديد الذي وقفوه من المرأة، هو ما وجدوه في الحضارة الرومانية والمدن الرومانية التي كانوا يبشرون فيها بالمسيحية، من انحطاط خلقي شنيع، وانتشار للفواحش والرذائل الخلقية التي راعت رسل الكنيسة الأوائل، فتطرفوا في إبعاد الناس عن هذه المنكرات، بالتنفير من المرأة والاقتراب منها، والترغيب في التبتل والترهب والعزوبة والانقطاع للعبادة.

ولكن الذي نشأ من موقفهم ذاك أنه أصبح من الأمور المسلمة في الديانة المسيحية عند الأجيال اللاحقة بهم أن الزواج أمر غير مرغوب فيه، وأن المسيحية أصبحت نظاماً كنسياً، له تقاليده وله جيشه العرمرم من الرجال والنساء الذين انقطعوا عن الحياة، وتفرغوا للعبادة، وابتعدوا ـ بحسب نظامه ـ عن الاتصال الجنسي عن طريق الزواج.

يقول «ترتوليان» الآنف الذكر شارحاً قول بولس: «لأن التزوج أصلح من التحرق» ما يلي:

«إن الأفضل من حالتين لا يلزم أن يكون خيراً في ذاته، فلأن يفقد الإنسان عيناً واحدة أفضل من أن يفقد كلتا عينيه، ولكن فقد عين واحدة ليس من الخير في شيء، فكذلك الزواج: فهو لمن لم يقو على العفة أفضل من أن يحرق بنار جهنم ولكن الخير أن يتقي الإنسان الأمرين معاً، فلا يتزوج ولا يعرض نفسه لعذاب النار، وإن قصارى ما يحققه الزواج أنه يعصم الفرد من الخطيئة، على حين أن التبتل (العزوبة) يروض المرء على أعمال القديسين، ويذلل له السبيل إلى منزلة الإشراق، ويتيح له أن يأتي بالمعجزات، فجسم المسيح نفسه قد جاء من بتول عذراء، والقديس يوحنا المعمدان (يحيى بن زكريا) والرسول بولس وجميع إخوانه الحواريين الذين سجلت أسماؤهم في سفر الخلود، آثروا التبتل وحثوا الناس عليه».

ثم يقول: «وقد فتح السيد المسيح للخصيان أبواب السماء لأن حالتهم قد باعدت بينهم وبين قربان النساء، ولو أن آدم لم يعص ربه لعاش طاهراً حصوراً ولتكاثر النوع الإنساني بطرق أخرى غير هذه الطرق البهيمية (أي الاتصال الجنسي

---

(١) المصدر السابق.

بين الرجل والمرأة) ولعمرت الجنة بفضيلة من الطاهرين الخالدين»[١].

هذه هي النظرية التي سادت الكنيسة المسيحية خلال القرون الأولى للميلاد وكانت قضية مسلّمة لا شك فيها عندهم[٢]، وبذلك انتشرت الرهبانية، وأصبح من علامة التقوى والصلاح في المسيحي أن لا يتزوج.

حتى إن مجمع مديولانس المسيحي قد حكم في أواخر القرن الرابع الميلادي على الراهب «جوفينيان» بالطرد من الكنيسة لأنه عارض المبدأ المسيحي الذي يقرر أن التبتل خير من الزواج[٣].

وفي أوائل القرن المذكور (الرابع) أصدر مجمع (ألفيرا) الذي انعقد في إسبانيا قراراً بتحريم الزواج والابتعاد عن كل شهوات الجنس على كبار رجال الكنيسة.

وفي أواخر القرن الحادي عشر أصدر البابا جريجوار السابع أمراً بوجوب العزوبة وتحريم الزواج على جميع القسيسين والرهبان كبارهم وصغارهم، ومع ما لقيه هذا القرار من معارضة شديدة أول الأمر في الأوساط المسيحية، فإنه أصبح منذ نهاية القرن الثالث عشر نظاماً مقرراً في الكنيسة الكاثوليكية ومطبقاً على جميع الرهبان والراهبات ورجال الدين على السواء[٤].

ومن الجدير بالذكر أنه قد نشأت في المسيحية فرقة مسيحية وهي فرقة (المارسينيين)[٥] تحرم الزواج تحريماً باتاً على جميع أتباعها كما فعلت فرقة الحسديين من اليهود.

---

(١) قصة الزواج والعزوبة في العالم ٣٦ ـ ٣٧.

(٢) قال الدكتور براون: «ومما هو جدير بالذكر أن آباء الكنيسة الأولين رفعوا من شأن حياة العزوبة، وحطوا من شأن الزواج، ويستثنى من هؤلاء «أكليمندس» الإسكندري، فهو الذي قال: «إن الرجولة الحقة ليست في اختيار حياة العزوبة، بل في الكفاح الذي يروض به الإنسان نفسه في أداء واجباته كزوج وأب، وفي إعالة بيته، بغض النظر عن كل لذة وألم. أما الذي لا أسرة له فهو غير مجرب وغير مختبر في شؤون شتى، وهو يفكر في نفسه فقط، أشبه ما يكون بإنسان يسعى إلى خلاص نفسه وحسب» اهـ تفسير رسالة كورنثوس الأولى: ٨٠.

(٣) قصة الزواج والعزوبة: ٣٧. (٤) المصدر السابق: ٢٨.

(٥) نسبة إلى «مارسيون» قسيس مسيحي ولد في أوائل القرن الثاني الميلادي، وقد ظل أتباعه موجودين حتى القرن الخامس حيث انقرضت الفرق انقراضاً تاماً.

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن من المقرر في المسيحية أن الزواج جائز لمجرد ضرورة بقاء النوع الإنساني، ولصيانة الفرد من الفاحشة، فلا يجوز للمتزوج أن يقصد باجتماعه مع زوجته اللذة الجنسية أو يفكر فيها ولا أن يكثر من الجماع لأن شأنه من الزواج «شأن الزارع الذي إذا بذر البذرة انتظر الحصاد بدون أن يلقي في الأرض بذوراً أخرى»[1].

ج - في الإسلام:

نصوص القرآن والسنة صريحة في طلب الزواج والترغيب فيه. وقد تزوج رسول الله ﷺ، وأنكر على من أراد الترهب من صحابته باعتزال النساء وإيثار الفرار من مسؤولية الزواج.

وإليك طرفاً من آيات القرآن وأحاديث السنة، التي تحث على الزواج، وترغب فيه.

قال الله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣].

وقال تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

وقال عليه الصلاة والسلام: «**يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة** (أي القدرة على الزواج) **فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء** (أي وقاية)»[2].

وجاء عكاف بن وداعة إلى النبي ﷺ فقال له: **ألك زوجة؟** قال: لا، قال: **ألك جارية؟** قال: لا، قال: **وأنت صحيح موسر؟** قال: وأنا صحيح موسر والحمد لله! قال عليه الصلاة والسلام: «**فإنك إذاً من إخوان الشياطين، إن من سنتنا النكاح فمن رغب عن سنتنا فليس منا**»[3].

وعن قتادة عن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ نهى عن التبتل، وقرأ قتادة: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَٰجًا وَذُرِّيَّةً﴾[4] [الرعد: ٣٨].

وعن سعد بن أبي وقاص قال: ردّ رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون

---

(١) قصة الزواج والعزوبة في العالم: ٣٨. (٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما.
(٣) رواه أبو يعلى في مسنده. (٤) رواه الترمذي وابن ماجه.

التبتل، (أي الترهب والامتناع عن الزواج) ولو أذن له لاختصينا[1].

وجلس نفر من أصحاب النبي ﷺ فقال أحدهم: لا أتزوج، وقال بعضهم: أصلي ولا أنام، وقال بعضهم: أصوم ولا أفطر، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: **«ما بال أقوام قالوا كذا وكذا، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأنام، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»**[2].

كل هذه الآيات والأحاديث وكثير أمثالها في الكتاب والسنة تدل على مشروعية الزواج والترغيب فيه، فما حكمه الشرعي عند العلماء؟.

الحق أنه يختلف باختلاف الأشخاص وأحوالهم:

١ ـ فمن خاف على نفسه من الوقوع في الزنى وهو قادر على المهر والإنفاق فهذا يجب عليه الزواج باجماع الفقهاء، لأن الوقوع في الزنى حرام، وتركه واجب، والزواج هو السبيل المؤكد لمنعه من الوقوع في ذلك الحرام، ومن القواعد الفقهيه المسلم بها: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

وعلى هذا تدل عبارات فقهاء المذاهب:

قال الكاساني من علماء الحنفية: «ولا خلاف أن النكاح فرض حالة التوقان حتى إن من تاقت نفسه إلى النساء بحيث لا يمكنه الصبر وهو قادر على المهر والنفقة، ولم يتزوج، يأثم»[3].

وقال الرملي من علماء الشافعية: «لو خاف العنت (أي الوقوع في الحرام) وتعين (الزواج) طريقاً لدفعه مع قدرته وجب»[4].

وقال الخرشي من علماء المالكية: «وقد يجب في حق القادر، ويخشى على نفسه الزنى»[5].

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) بدائع الصنائع: ٣/٣٢٨.

(٤) نهاية المحتاج: ٦/١٧٨ وقد تدل عبارات بعض فقهاء الشافعية على أن الزواج في هذه الحالة مستحب لا واجب (انظر: البجيرمي على الخطيب: ٣/٣٠٢) ولكن عباراتهم تقيد بما إذا لم يصل إلى حد الخوف من الوقوع في الزنى، وإلا فالإجماع منعقد على وجوب الزواج حينئذ إذا وجد المهر والنفقة.

(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٣/٣.

وقال العدوي في حاشيته على الخرشي: «فالراغب (الذي له شهوة وتوقان) إن خشي العنت وجب عليه ولو مع إنفاق عليها من حرام أو مع وجود مقتضى التحريم غير ذلك»(١).

وقال ابن قدامة من علماء الحنابلة: «من يخاف على نفسه الوقوع في المحظور إن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، وطريقه النكاح»(٢).

٢ ـ ومن له قدرة على الاتصال الجنسي وله رغبة إلى ذلك وهو قادر على المهر والنفقة، لكن لم يبلغ حد الخوف من الوقوع في الزنى، فهذا يستحب له الزواج على رأي جمهور الفقهاء، عملاً بالآيات والأحاديث الواردة في الترغيب في الزواج.

وهنالك رأيان يخالفان الجمهور:

أ ـ قال الشافعية: إنه إذا كان ممن يتفرغ للعبادة أو لطلب العلم وممن يأمن على نفسه من الوقوع في الزنى، فالتفرغ للعبادة أفضل من الزواج، لما في العبادة من الفضيلة المؤكدة، ولما في الزواج من احتمال التقصير في الواجبات الزوجية.

وأيضاً ففي الزواج قضاء شهوة، وفي العبادة سمو روح، واتصال بالله تبارك وتعالى، فهو لا شك أنفع ثواباً وعقبى لمن لم يخف على نفسه الوقوع في الحرام إذا لم يتزوج.

أما إذا كان ممن لا يتفرغ للعبادة فالنكاح أفضل له، لئلا تفضي به البطالة إلى الفواحش(٣).

ب ـ وقال الظاهرية وهو رواية عن الإمام أحمد: الزواج واجب على كل قادر عليه ولو لم يخف من الوقوع في الزنى، لظواهر النصوص القاضية بطلب الزواج، ومن أوضحها ما تقدم من قوله عليه السلام: **«من استطاع منكم الباءة فليتزوج»**.

---

(١) أيضاً.
(٢) المغني مطبوعاً مع الشرح الكبير: ٧/ ٣٣٤.
(٣) البجيرمي على الخطيب: ٣/ ٣٠٤.

والظاهرية يجعلون هذا الوجوب فرضاً على الرجل دون المرأة، فلا يجب عليها أن تتزوج، ولو رغبت في العبادة والبقاء بدون زواج لما كانت آثمة[1].

٣ ـ ومن له رغبة في الزواج وقدرة عليه، ولكنه فقير لا يجد المهر والنفقة فالجمهور على أن الزواج في حقه غير مستحب، لقوله عليه السلام في الحديث السابق: «ومن لم يستطع فعليه بالصوم» ولقوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٣].

وعن الإمام أحمد: أنه يستحب له الزواج، لأن النبي ﷺ زوج رجلاً لم يقدر إلا على خاتم من حديد، ولا وجد إلا إزاره (رواه البخاري) وسئل الإمام أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال، فقال: الله يرزقهم، التزويج أحصن له ربما يأتي عليه وقت لا يملك قلبه فيه[2].

٤ ـ ومن كانت له رغبة وشهوة للزواج، وهو لا يخشى الوقوع في الزنى، ولكنه يخشى على نفسه من ظلم المرأة وعدم قيامه بحقها، فإنه يكره له الزواج، وإذا تيقن من ظلمه للمرأة فإنه يحرم عليه الزواج.

وذلك لأن الزواج إنما شرع لتحصين النفس، وتحصيل الثواب بالولد الذي يعبد الله تعالى به، فإذا خشي من الظلم أو تأكد منه، وقع في الإثم والحرام، فتنعدم تلك المصالح، وترجع تلك المفاسد عليها[3]. والقاعدة أنه إذا تعارض المندوب مع الحرام، كان ترك الحرام مقدماً على فعل المندوب.

٥ ـ وإذا تيقن أو غلب على ظنه الوقوع في الزنى بتركه للزواج، وهو مع ذلك متيقن من ظلمه للمرأة إذا تزوج، فهنا تعارضت مفسدتان: مفسدة الوقوع في الزنى، ومفسدة ظلم المرأة، فأيتهما ترجح في الدرء؟

ذهب بعض العلماء حديثاً[4] إلى أن من الواجب أن لا يقع في واحدة منهما، وإن وقع فقد تردى في مهاوي الإثم، والمحرم لا يبيح المحرم، فالزنى لا يبيح الظلم، والظلم لا يبيح الزنى.

---

(١) المحلى: ٩/ ٤٤٠.
(٢) المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٣٧.
(٣) فتح القدير: ٣/ ١٠٠.
(٤) الأحوال الشخصية للعالم المحقق الأستاذ أبي زهرة: ٢١.

والذي نراه أن هذا لا يحل المشكلة، فإما أن نجيب بترجيح جانب الحرمة في ظلم المرأة، فنمنعه من الزواج، وإما أن نرجح جانب الحرمة في الزنى، فنوجب عليه الزواج.

ولا شك في أن ظلم المرأة محصور بالمرأة نفسها، فهو مفسدة قاصرة، وغالباً ما يكون الرجل بعد الزواج أحسن أخلاقاً وألين طباعاً منه قبل الزواج، إذ يشعر حينئذ بالعاطفة الزوجية والأبوية التي تربطه بالمرأة وأولادها منه، فتمنعه من ظلمها أو تقلل من ذلك على الأقل.

أما الزنى فهو مفسدة اجتماعية عامة متعدية، ومن تردى فيه مرة واحدة صعب عليه الخلاص منه إلا بالزواج.

لذلك كانت حكمة التشريع، ورعاية المصالح الاجتماعية في الزواج، ودرء المفاسد الاجتماعية في الزنى، كل ذلك يجعل القول بوجوب الزواج في هذه الحالة أقرب إلى الحق وروح الشريعة.

أما أن المحرم لا يبيح المحرم، فهذا مسلَّم، ولكنا هنا لا «نبيح» له ظلم المرأة، وإنما «نتجاوز» عن ظلمه للمرأة لتلك الضرورة الاجتماعية التي تحدثنا عنها، وفي الفقه الإسلامي أمثلة كثيرة لتجاوز المحرمات عند الضرورة.

ويستأنس لهذا بما قرره فقهاء المالكية من أن من خشي على نفسه الزنى، وجب عليه الزواج ولو عجز عن النفقة[(١)]، ولا شك في أن في العجز عن النفقة تعريضاً للمرأة وأولادها للجوع، وأي ظلم أكثر من هذا؟

وقد مر بك آنفاً قول بعض فقهاء المالكية: إن الراغب في الزواج إن خشي العنت وجب عليه الزواج ولو مع انفاق عليها من حرام، أو مع وجود مقتضى التحريم غير ذلك.

ولا ريب في أن المال المجموع من الحرام، مال مجموع من طريق الظلم، فإذا أجزنا له أن ينفق من الحرام ـ أي أن يظلم الناس ـ ليدفع عن نفسه بالزواج خطر الوقوع في الزنى، كنا قد أوجبنا عليه أن يتزوج ولو ارتكب بعض المحرمات!..

---

(١) حاشية العدوي على الخرشي: ٣/٣.

ثم إن قولهم: «أو مع وجود مقتضى التحريم غير ذلك» شامل لكل حرام قد يرتكبه من خشي على نفسه الوقوع في الزنى إذا تزوج، فيدخل فيه حرمة ظلم المرأة قطعاً.

٦ ـ ومن ليست له شهوة: إما خلقةً، وإما لمرض، وإما لهرم وشيخوخة، ففيه أقوال:

١ ـ يستحب له الزواج، لعموم الآيات والأحاديث الواردة من غير تفصيل، ولما فيه من فائدة الزواج دنيوياً بالاستئناس بالمرأة، وأخروياً بالثواب على الإنفاق عليها.

ب ـ يكره له الزواج ويستحب له التخلي للعبادة، لأنه لا فائدة من زواجه، وهو يؤدي إلى حرمان الزوجة من حقها في الاتصال الجنسي بزوجها وهو لا يقدر على ذلك.

جـ ـ يحرم عليه الزواج إذا كان عاجزاً عن الاتصال الجنسي، وهذا قول الزيدية من الشيعة[١].

د ـ إن كان مع فقده الشهوة فاقداً للمهر والنفقة فالزواج مكروه، وإلا فلا يكره، وهذا قول الشافعية[٢].

(١) البحر الزخار: ٣/٣.

(٢) نهاية المحتاج: ٦/١٧٩.

مقدمات الزواج

عقد الزواج عقد خطير الأثر، كثير التكاليف، طويل الأمد، فلا يقدم عليه العقلاء إلا بعد تروٍّ وتدبر، ومن عادة الناس ـ وقد أقرت الشريعة هذه العادة ـ القيام بمقدمات تمهيدية للزواج، حتى يكون العقد بعد ذلك محققاً للراحة والسعادة البيتية، وهذه المقدمات أمران:

أ ـ النظر:

فقد رغبت الشريعة في أن ينظر الخاطب إلى مخطوبته، في حدود الحشمة والآداب العامة، ليكون على بصيرة ممن يريد اختيارها شريكة لحياته.

أخرج الترمذي والنسائي وغيرهما أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة ليتزوجها فقال له عليه الصلاة والسلام: **«أنظرت إليها؟»** قال: لا. فقال عليه السلام: **«انظر إليها؛ فذلك أحرى أن يؤدم بينكما»** (أي: أن تقع المودة بينكما)!.

وعن أبي حميد أو حميدة قال: قال رسول الله ﷺ: **«إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لا تعلم»**[1].

فهذا يدل على استحباب النظر إلى المخطوبة وجوازه ولو كان بغير علمها.

الآراء الفقهية في حدود النظر المباح

اتفق العلماء على جواز النظر إلى الوجه، لأنه عنوان الجمال، وبه يحصل المقصود الشرعي من إباحة النظر إلى المخطوبة.

ولم يشذ عن هذا الاتفاق إلا ما روي عن بعضهم من منع النظر إلى

---

(١) رواه أحمد.

المخطوبة مطلقاً لأنها أجنبية[1]، ولكن الأحاديث الصحيح التي أوردناها صريحة في الرد على هؤلاء.

ثم ذهب الأكثرون إلى جواز رؤية الكفين مع الوجه، لأنهما عنوان امتلاء الجسم أو نحافته.

وفي مذهب أحمد روايتان: إحداهما تتفق مع رأي الجمهور، والثانية أنه يجوز أن ينظر من المخطوبة ما يظهر غالباً، وقد اعتمد فقهاء الحنابلة هذه الرواية[2].

ولعل مراعاة حكمة التشريع من إجازة النظر إلى المخطوبة ترجح المعتمد عند الحنابلة.

واتفقوا على جواز تكرار النظر إلى المخطوبة مرة بعد مرة، لا على قصد الشهوة، بل بقصد التأكد من الصفات التي يرغب فيها، فكثيراً ما لا تغني النظرة الأولى أو الثانية.

والأكثرون على جواز النظر إليها وإن كان ذلك بدون علمها، أخذاً من حديث جابر الذي ذكرناه آنفاً.

واتفقوا على أنه إذا أراد أن يجتمع بها لينظر إليها، أو ليستمع إلى حديثها فليكن ذلك بحضور وليها أو أحد محارمها، للاتفاق على أن الخلوة بالأجنبية تحرمه نصوص الشريعة العامة، لما فيها من المفاسد الأخلاقية والاجتماعية.

ففي الحديث الصحيح عنه عليه الصلاة والسلام: **«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو رحم منها، فإن ثالثهما الشيطان»**[3].

وهذا نص عام يشمل الاجتماع للخطبة ولغيرها، ولم يرد في الشريعة ما يخصصه بالنسبة للخطبة، فيبقى على عمومه.

---

(١) حكى الطحاوي في معاني الآثار: ٨/٢ هذا القول عن جماعة دون أن يذكر أسماءهم وذكر الشوكاني في نيل الأوطار: ١١١/٦ أن هذا القول محكي عن القاضي عياض من علماء المالكية.

(٢) انظر: المغني: ٥٣/٧، والمقنع بحاشيته: ٤/٣.

(٣) رواه أحمد وفي معناه للبخاري ومسلم.

وبذلك تعلم أن ما جرت عليه عادة الناس أخيراً في المدن الكبرى من اختلاط الخاطب بمخطوبته، وزيارته لها في بيتها وحدها، واصطحابها معه في رحلاته ونزهاته، أمر لا يقره الشرع، وقد أثبتت التجربة مفاسده الاجتماعية الكبيرة، وأضراره بالنسبة للمخطوبة، فكثيراً ما أدى الاختلاط المنفرد إلى الوقوع في الحرام، وكثيراً ما يترك الخاطب خطيبته بعد أن يخالطها مدة طويلة من الزمن، فتعرض سمعتها للإشاعات، كما تُحرم كثيراً من الخاطبين، أما الاحتجاج بأن هذه المخالطة ضرورية لمعرفة أخلاق الخاطب والمخطوبة، فقد ثبت عدم الفائدة من ذلك، إذ أن كلا منهما ـ في هذه الحالة ـ يتظاهر بما ليس فيه، ويتصنع الرفق واللين وحسن الخلق، حتى إذا تم الزواج رجع كل منهما إلى طبيعته.

إن جواز النظر والاجتماع بالمخطوبة بحضور محارمها ومنع الخلوة بينهما، هو الموقف الحكيم المعتدل، بين إفراط الجاهلين الذين يمنعون رؤية الخاطب لمخطوبته، وبين تفريط المسرفين الذي يبيحون للخاطب أن يختلط بمخطوبته إلى أبعد حدود الاختلاط، والأمة ما تزال تعاني من نتائج إفراط الجاهلين، وتفريط المسرفين، ما لا يندفع إلا بالوقوف عند حدود الإسلام، وهو الحد المعتدل الذي يحقق المصلحة ويصون السمعة.

ب ـ الخطبة:

الخِطبة ـ بالكسر ـ هي أن يطلب الرجل من المرأة الزواج بها، ويشترط في صحة الخطبة أن تكون المرأة صالحة شرعاً للزواج حالاً وهي من عدا الأصناف الستة التالية:

من لا تجوز خطبتها

١ ـ أن تكون إحدى محارمه من النسب أو الرضاع، فلا يجوز أن يخطب الرجل أخته أو بنته نسباً أو رضاعاً، وكذا سائر المحارم اللاتي سيأتي الحديث عنهن.

٢ ـ أن تكون زوجة رجل آخر، فلا تجوز خطبة امرأة متزوجة من آخر وهي لا تزال في عصمته، لأن حق الزوج يمنع من حق أي أجنبي فيها.

٣ ـ أن تكون معتدة من طلاق رجعي وهو ما يجوز للزوج فيه أن يراجعها في العدة من غير عقد ولا مهر ـ فإذا كانت كذلك فلا تجوز خطبتها، لا تصريحاً

كأن يقول لها: إني أريد الزواج منك، ولا تعريضاً كأن يقول لها: أنت جميلة وإن الرجال يرغبون فيك، وحكمة هذا التحريم أن الزوج لا يزال له حق إرجاع زوجته إليه، ما دامت في العدة، وهو أولى بها من غيره.

٤ ـ أن تكون معتدة من طلاق بائن ـ سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى(١) ـ فإذا كانت كذلك لم يجز للرجل خطبتها تصريحاً ولا تعريضاً حتى تنتهي عدتها، لأنها ما دامت في العدة فبإمكان الرجل أن يعيدها إليه بعقد جديد، فإذا تقدم إليها من يخطبها كان ذلك إيحاشاً لقلب الزوج وباعثاً على العداوة والبغضاء.

٥ ـ أن تكون معتدة من وفاة، فلا يجوز أن يخطبها الرجل حينئذ احتراماً للزوجة السابقة، ووفاء بحق الزوج المتوفى، وتحريم الخطبة في هذه الحالة مقصور على الحالة الصريحة، أما إذا عرض لها بذلك كأن يقول لها: إني أتمنى أن أوفق لزوجة صالحة، فهذا يجوز، وأصل ذلك في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا (أي نكاحاً) إِلَّآ أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٤ ـ ٢٣٥].

وعن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٣٥] يقول: إني أريد أن أتزوج. أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة، وقال القاسم: «إنك علي كريمة، وإني فيك لراغب، وإن الله لسائق إليك خيراً»(٢).

وعن سكينة بنت حنظلة قالت: استأذن علي محمد بن علي ولم تنقض عدتي من مهلكة زوجي، فقال: قد عرفت قرابتي من رسول الله ﷺ وقرابتي من علي وموضعي من العرب، قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر! إنك رجل يؤخذ عنك وتخطبني في عدتي؟ فقال: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ ومن علي»(٣).

٦ ـ أن تكون مخطوبة لرجل آخر، وهي لا تخلو من أربع حالات:

أ ـ أن تكون قد وافقت على خطبتها من الرجل السابق، فلا يجوز بالإجماع

---

(١) سيأتي معنا في بحث الطلاق التفريق بين البينونة الصغرى والكبرى.
(٢) رواه البخاري. (٣) رواه الدارقطني.

أن يخطبها غيره، وقد «نهى رسول الله ﷺ أن يخطب الرجل على خطبة أخيه»[١] وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»[٢] والحكمة في ذلك ما ينشأ عنه من العداوة والبغضاء بين الخاطبين.

ب ـ أن تكون قد رفضت خطبة الأول، فيجوز بالإجماع حينئذ خطبتها، لانتفاء المحظور السابق، إذ لم يعد للخاطب الأول، حق ما في كره الثاني أو عدائه.

جـ ـ أن تسكت فلا تجيب بقبول أو رفض، أو تتردد بين القبول والرفض، فالأكثرون من الفقهاء على عدم جواز الخطبة حينئذ لاحتمال أن تقبل المخطوبة خطبة الأول، وقال آخرون: بالجواز، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول، إلا إذا علم ميلها القلبي إلى الأول بقرائن الأحوال، فلا يجوز.

د ـ أن يأذن الخاطب الأول للثاني، فهذا جائز بالإجماع، ولا يقتصر على من أذن له بل يجوز لغيره أيضاً[٣].

هذا وقد ذكر ابن القاسم من أصحاب مالك، أنه إنما تحرم خطبة الثاني على الأول إذا كانا متساويين في الصلاح والاستقامة، أما إذا كان الأول غير صالح، والثاني صالحاً، أو كان الأول غير أهل في العادة لخطبة الفتاة، والثاني أهلاً لها، فلا يمتنع على الثاني أن يخطبها[٤].

حكم زواج المخطوبة

الأصناف الستة ممن ذكرنا أنه لا تجوز خطبة واحدة منهن، قد اتفق العلماء على أن الخمسة الأول لا يصح العقد عليهن والنكاح باطل.

أما المخطوبة فالجمهور على أن خطبتها إنما تفيد الإثم عند الله لافساد النكاح، فلو خطب الرجل على خطبة أخيه، وعقد عليها، كان العقد صحيحاً تترتب عليه كل آثار العقد الصحيح، وهذا لا ينفي الإثم عند الله تعالى.

وقال داود: هو باطل فيفسخ، لأنَّ مقتضى التحريم الفساد والبطلان.

وعن مالك ثلاث روايات: الأولى كقول الجمهور، والثانية كقول داود،

---

(١) رواه البخاري. (٢) رواه البخاري.

(٣) انظر خلاف العلماء في جواز الخطبة على خطبة الغير أو عدمه في فتح الباري: ١٦/٩.

(٤) بداية المجتهد: ٣/٢، وفتح الباري: ١٦٤/٩.

والثالثة أنه يفسخ قبل الدخول، فإذا تم الدخول فلا يفسخ[1].

خطبة المرأة على المرأة

هذا وقد يستدل بالنهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه، على تحريم خطبة المرأة على خطبة امرأة أخرى، كما إذا تقدمت امرأة إلى رجل فخطبته، لا يجوز لامرأة أخرى أن تتقدم إليه فتخطبه، وهو أمر معقول يقتضيه تعليل النهي بالمضارة والإيذاء، فكما يحرم على الرجل أن يضار آخر ويؤذيه، ويحرم على المرأة أن تضار أخرى وتؤذيها، وقد استظهر ابن حجر أن هذا فيما إذا أدى المخطوب رغبته في أن لا يتزوج إلا بامرأة واحدة، أما إذا رغب بأكثر من واحدة، فلا تحرم خطبة المرأة الثانية على الأولى[2].

الخطبة ليست زواجاً

إذا تم التفاهم بين الرجل والمرأة على الزواج، لا يعتبر ذلك عقداً للزواج يبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر، حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة أو قرأ الفاتحة، أو قدم جزءاً من المهر أو كله، أو قدم شيئاً من الهدايا ولو قبضتها المخطوبة أو أهلها، فذلك كله لا يعتبر عقداً، ولكل واحد منهما العدول عن الزواج والخطبة، لأن الأمر لا يعدو أن يكون وعداً بالزواج، والوعد في العقود ليست له قوة العقد ذاته، ولا يترتب عليه أثر ما.

وهذا الحكم متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها لا نعلم في ذلك خلافاً، وهو متفق مع النظر القانوني الحديث في العالم الغربي، إذ نصت كل القوانين الغربية على أن الوعد بالزواج لا يعتبر زواجاً، وإن كانت أكثرها تذهب إلى التعويض في حالة العدول.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية في المادتين التاليتين:

المادة ٢ ـ الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً.

المادة ٣ ـ لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣، وفتح الباري ٩/ ١٦٤.

(٢) فتح الباري: ٩/ ١٦٥.

آثار العدول عن الخطبة

ما دامت الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية مجرد وعد بالزواج في المستقبل، فلا تكون ملزمة بالزواج، بل لكل من الطرفين أن يعدل عنها متى شاء، وخاصة إذا وجدت أسباب داعية للعدول.

ذلك لأن الوعد بالعقد ليس عقداً، فلا يترتب عليه ما يترتب على العقد من آثار قانونية، ولكن يترتب عليه الوفاء به ديانة، فإن الله تعالى أمر بالوفاء بالعهود فقال: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء: ٣٤] وعن رسول الله ﷺ: **«اضمنوا لي ستاً أضمن لكم الجنة: أصدقوا إذا حدثتم، وأوفوا إذا وعدتم، وأدوا إذا ائتمنتم»** إلخ الحديث[(١)].

واعتبر الرسول أن إخلاف الوعد من علامات النفاق، فقال: **«آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»**[(٢)].

فإذا عدل الخاطب عن خطبته من غير سبب مقبول كان آثماً عند الله، وإن عدل لسبب مشروع يقبله العقلاء فلا إثم عليه.

وعلى هذا جميع المذاهب الإسلامية لا نعلم في ذلك خلافاً.

وهنا بحثان يتعلقان بالعدول عن الخطبة:

والأول: ما هو حكم المهر الذي دفعه الخاطب أو الهدايا التي قدمها بعد الخطبة إذا حصل العدول؟

الثاني: هل يحق للمخطوبة المطالبة بالتعويض عن العدول؟

وسنبحث في كل منهما في الفقه والقانون مع المقارنة.

---

(١) رواه أحمد وابن حبان والحاكم. (٢) رواه البخاري ومسلم.

أ ـ حكم المهر عند العدول

إذا قدم الخاطب عند الخطبة كل المهر أو بعضه ـ كما جرت العادة بذلك ـ ثم عدل عن الخطبة كان له أن يسترد ما دفعه، فإن كان ما دفعه لا يزال موجوداً في يد المخطوبة أو أهلها استرده بذاته.

وإن كان قد هلك أو استُهلك استرد مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً.

وهذا حكم متفق عليه لدى الفقهاء قاطبة، وهو ما ذهب إليه قانون حقوق العائلة[١].

ولم يفرق الفقهاء بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، وبين ما إذا كان العدول من جهة المخطوبة.

والنظر ومبادئ العدالة وتغير الأوضاع الإجتماعية، يقتضي التفريق بين عدول الخاطب وبين عدول المخطوبة، فإن العدول إن كان من جهة الخاطب كان من الظلم أن تلزم المرأة برد مثل النقد أو قيمته، وهي في الغالب تتصرف في المهر بعد الخطبة فتشتري به جهازها من ثياب وأثاث وغير ذلك، فإذا ألزمناها عند عدول الخاطب بأن ترد إليه مثل النقد أو قيمته، فقد ألزمناها بأن تتحمل الأضرار التي لحقتها من شراء الجهاز أو الأثاث.

وإن كان العدول من جهتها فمن العدل أن تتحمل هذه الخسائر، لأنها هي التي كانت سبباً، فتكون راضية بالخسارة.

ولهذا عدل قانون الأحوال الشخصية السوري عن إطلاق الحكم في ذلك كما أطلقه الفقهاء، وفرق بين الحالتين:

ففي حالة العدول في جهة الخاطب، تخير المخطوبة بين إعادة مثل النقد وبين تسليم الجهاز الذي اشترته إلى الخاطب.

وفي حالة عدول المخطوبة يجب عليها إعادة المهر أو قيمته[٢].

---

(١) نصت المادة الثانية منه على ما يلي: «إذا امتنع أحد الزوجين (الخاطبين) أو توفي بعد الرضا بالزواج، فإن كان ما أعطاه الخاطب من أصل المهر موجوداً يجوز استرداده عيناً. وإن كان قد تلف يجوز استرداده بدلاً».

(٢) وهذا هو نص المادة ٤ : ١ ـ إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت به المرأة جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

بقي أن يخرج هذا التفصيل على مبدإٍ فقهي مسلَّم به، وقد خرجه الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنه منطبق على عرف الناس اليوم، وأما إطلاق الفقهاء فهو جار على ما كان من العرف الشائع في عصورهم، فيحمل إطلاق النصوص ـ من حيث رد مثل المهر أو قيمته ـ على حالة عدم العرف المخالف[1].

ويؤيد ذلك مبدأ فقهي يجب اعتباره في هذا المقام، وهو: أن شراء المخطوبة بالمهر جهازاً إنما هو واقع بتسليط من الخاطب، لأن العرف جار على عدم قبول الرجل بمجيء عروسه إليه دون جهاز، بل يدفع المهر لكي تجهز به نفسها، فإذا عدل هو عن الزواج لم يكن له إلا أخذ ذلك الجهاز الذي اشتري بماله بتسليط منه وإذن ضمني بصرفه في ذلك، بناء على العرف المذكور في التجهيز بالمهر.

ثم قال: «ويمكن أن يقال: إن إيجاب رد مثل المقبوض لا ينافي بمقتضى النصوص الفقهية أن يحكم على الرجل بالضرر المالي الذي حصل للمخطوبة من شراء الأمتعة بناء على تغرير الخاطب لها، وهذا الضرر هو الفرق بين قيمة هذه الأشياء بحالها الحاضرة لو أريد بيعها، وبين السعر الذي تشترى به عادة، فيستحق الرجل استرداد مثل ما دفع، ويضمن هذا الفرق الذي تتضرر به المرأة لو أرادت بيع تلك المشتريات، فيؤول الأمر إلى التساوي بين هذا وبين أن يأخذ الرجل المشتريات نفسها، بدلاً من استرداد النقد»[2].

وهذا تخريج فقهي دقيق نوافقه عليه، إلا أن أمر العدول مع هذا يحتاج إلى تفصيل آخر توجبه مبادئ العدالة أيضاً.

ذلك أن الخاطب قد يكون عدوله لغير سبب معقول، فيكون الحكم السابق متفقاً مع العدالة، وقد يعدل لاطلاعه على عيب في المخطوبة لم يكن يعلمه من قبل، أو يكون لخُلق أو أمر يكرهه فيها، أو حادث وقع منها بعد الخطوبة، وحينئذ يكون معذوراً في عدوله، ويكون العدل حينئذ أن تقوم المخطوبة برد مثل المهر أو قيمته، إذ هي السبب الحقيقي في هذا النكول فيجب أن تتحمل الضرر وحدها.

وقد تعدل المخطوبة لأطلاعها على عيب في الرجل، أو خلُق لا ترضاه، أو

---

(١) إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته.

(٢) مذكرات في أحكام الزواج: ٢٧، ٢٨.

انحراف في سلوكه، أو إظهاره لها الكراهية والنفرة، وحينئذ تكون معذورة في هذا العدول، فليس من العدالة أن تلزم برد المهر مثله أو قيمته، بل تخير بين إعادة المثل أو القيمة، وبين تسليم الجهاز للخاطب كما هو، لأنه هو السبب الباعث على نكولها، فيجب أن يتحمل الضرر وحده.

ولذلك نرى أن يقيد الحكم السابق في حال عدول الخاطب بما إذا كان العدول بسبب منه لا منها، ويقيد الحكم السابق في حال عدول المخطوبة بما إذا كان العدول بسبب منها لا منه، ويترك التحقق من ذلك إلى القاضي.

آراء المذاهب الإسلامية:

١ ـ ذهب فقهاء الشافعية إلى أن للخاطب الرجوع في كل ما قدمه إلى مخطوبته فإن كان قائماً أخذه، وإن كان هالكاً استرد قيمته، ولا فرق بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة.

٢ ـ وذهب فقهاء الحنابلة وغيرهم من فقهاء التابعين إلى أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء كانت قائمة أو هالكة، لأنها هبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها إلا للأب وحده.

٣ ـ وفصل المالكية بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة.

فإن كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة.

وإن كان العدول من جهة المخطوبة، فعليها أن ترد الهدايا إن كانت قائمة، أو قيمتها إن هلكت أو استهلكت.

وهذا في رأينا تفصيل متفق مع العدالة.

٤ ـ ومذهب الشيعة الإمامية كمذهب الحنفية تقريباً من حيث جواز الرجوع في الهبة في الشروط التي يذكرونها[١].

---

(١) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية: ١٢٩.

ما جاء في القوانين العربية:

نص الفصل الثالث (المادة الثالثة) من قانون الأحوال الشخصية في المغرب على أن للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قِبله.

وجاء في الفصل الثاني (المادة الثانية) من قانون الأحوال الشخصية في تونس على أن الخاطب يسترد الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص.

ونصت المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية في الأردن على أن الأشياء التي أعطاها أحدهما الآخر عن طريق الهدية تجري عليها أحكام الهدية (الهبة).

ب ـ التعويض عن ضرر العدول

لما كان فقهاؤنا قد أجمعوا على أن الخطبة والوعد بالزواج وتقديم المهر أو بعضه ليس عقداً، ولكل واحد من الخاطبين العدول عن الخطبة، فإنهم لم يتعرضوا لما قد ينشأ عن العدول عن الخطبة من أضرار مادية أو معنوية.

ولا شك في أن المخطوبة قد تتضرر أدبياً أو مادياً ضرراً بالغاً بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت الخاطب عليها خاطباً آخر كان مستعداً لأن يدفع لها مهراً أكثر؛ أو يعيش في مستوى من المعيشة أعلى وأكرم أو كان صاحب منزلة اجتماعية أرقى وأعلى، وإذا استمر الخاطب في خطبتها سنين ـ كما يقع كثيراً ـ فإنه يفوت عليها الخاطبين بعد أن تصبح في سن يقل الراغبون في زواجها، ومن الأضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول، مما يؤذي سمعتها ويعرضها لكثير من الشائعات، فما هو النظر الفقهي في التعويض عن هذه الأضرار؟

في الفقه الإسلامي القديم:

ليس في كتب الفقه الإسلامي القديمة تعرض لمبدإ التعويض عن الضرر عند العدول؛ ولا نجد فقيهاً واحداً من فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة قال بجواز التعويض عن ضرر العدول.

ولعل ذلك ناشئ من أسباب متعددة:

١ ـ فالتعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد أو فعل عملٍ ضار، أو غير ذلك، والخطبة ليست عقداً، ولا يترتب عليها أثرٌ ما وكل

ما في الأمر أنها وعد، والنكول عن الوعد ـ وإن كان قبيحاً في نظر الشارع ـ لا يترتب عليه جزاء ما. كما أن النكول ليس عملاً مادياً ينشأ عنه ضرر مادي كإتلاف الغير، فلا وجه لإلزام الناكل بالتعويض.

٢ ـ والزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل من كل من الرجل والمرأة، فلو حكمنا بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع رغبته عنها، فكأن في الأمر إكراهاً غير مباشر، وهو لا يجوز في العقود مطلقاً، فكيف في عقد الزواج؟

٣ ـ والحياة الاجتماعية في العصور الماضية لم يكن من شأنها أن تترك مجالاً للإضرار بالمخطوبة عند العدول، فالإسلام لا يبيح إلا النظر بحضور المحارم، ولا يتصور في مجتمع يقوم على آداب الإسلام أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلا مرة أو مرتين بحضور أقربائهم، أما المعاشرة والظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من أضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لا وجود له في تلك العصور ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام.

لهذا كله ـ فيما نرى ـ لم يتعرض الفقهاء لهذا الموضوع، أما اليوم، فإن تطور الحياة الإجتماعية وتأثرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق العامة وانحلال الرجولة في كثير من الناس، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الاضرار بالمخطوبة عند النكول، مما يوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدإ التعويض، تطبيقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضرر ولا ضرار**»[١] وعملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق. فما هو رأي رجال الشريعة ورجال القضاء في عصرنا الحديث؟

في الفقه الإسلامي الحديث

اختلف الفقهاء حديثاً في هذا الموضوع:

فممن أيد مبدأ عدم التعويض المرحوم الشيخ محمد بخيت مفتي الديار المصرية ومن كبار علماء الأزهر[٢]، وممن ذهب إلى مبدإ التعويض فضيلة الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الأزهر[٣].

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه.

(٢) مجلة المحاماة الشرعية سنة أولى جزء ٢.

(٣) فصول شرعية اجتماعية: ٣٢.

وذهب الأستاذ المحقق الشيخ محمد أبو زهرة إلى قول وسط، وهو: «إن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض، لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب هو نوعاً من الجهاز أو تطلب هي اعداد البيت، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل لسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض. وإن لم يكن كذلك فلا يعوض». ثم قال: «وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، كالمثالين السابقين، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض، والثاني لا يعوض، إذ الأول كان فيه تغرير، والتغرير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تغرير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه، والاغترار لا يوجب الضمان»[١].

والذي نراه أن مبدأ التعويض عند العدول إذا نشأ عنه ضرر، مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة، في أصلين شرعيين:

الأصل الأول: مبدأ «إساءة استعمال الحق» وقد قال بهذا المبدأِ الإمام أبو حنيفة في كثير من فروع الفقه في مسائل الولاية على القاصر، والوكالة والإجارة وإحياء الأراضي الموات، وحقوق العلو والجوار، كما قال به الإمام مالك في مسائل كثيرة منثورة في فقهه: وقال به عدد من الفقهاء الآخرين: وهذا المبدأ أصبح مسلماً به اليوم في القانون المدني السوري والقانون المدني المصري، وهو من المبادئ التي نصت عليها معظم القوانين في البلاد العربية كما أصبح مسلماً به في أكثر قوانين العالم، ومن المعترف به في تاريخ هذا النظرية، أن فقهاء الإسلام سبقوا إلى القول بها فقهاء الغرب حديثا باثني عشر قرنا.

الأصل الثاني: «مبدأ الالتزام» في الفقه المالكي.

والالتزام عندهم: «إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء»[٢].

وقد افترق فقهاء المالكية في القضاء بالوعد إلى أربعة أقوال:

---

(١) الأحوال الشخصية: ٢٣.

(٢) رسالة الحطاب في الالتزام المثبتة ضمن فتاوى الشيخ عليش ١/ ١٨٠.

الأول: أنه يقضي على الواعد بتنفيذه مطلقاً.

الثاني: أنه لا يقضي عليه بتنفيذه مطلقاً.

الثالث: أنه يقضي بتنفيذه إن كان مبنياً على سبب سواء دخل الموعود بالسبب أو لم يدخل، كأن يقول له تزوج وأنا أدفع لك نفقة الزفاف، فإنه يقضي عليه بدفع نفقات الزفاف ولو لم يتزوج.

الرابع: أنه يقضي بتنفيذه إن كان مبنياً على سبب ودخل الموعود بالسبب، ففي المثال السابق. لا يقضي على الواعد بتنفيذه وعده إلا إذا تزوج الموعود.

وهذا القول الرابع هو المشهور عند المالكية، قال محمد بن رشد: «والعدة إذا كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الأقوال»[1].

وقال القرافي:[2].

قال سحنون: «الذي يلزم من الوعد قوله: «اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به» أو «أخرج إلى الحج وأنا أسلفك» أو «اشتر سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك» لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق».

وقال أصبغ: «يفضي عليك به، تزوج الموعود أم لا، وكذا أسلفني لأشتري سلعة كذا، لزمك (أي الوفاء إذا وعدته بالاسلاف في هذه الحالة) تسبب في ذلك أم لا، والذي لا يلزم من ذلك أن تعده من غير سبب، فيقول لك: «أسلفني كذا» فتقول: «نعم».

ثم قال القرافي:

«وحينئذ نقول: وجه الجمع بين الأدلة التي يقتضي بعضها الوفاء به (أي بالوعد) وبعضها عدم الوفاء به أنه إن أدخله في سبب يلزم بوعده لزم، كما قال مالك وابن القاسم وسحنون: أو وعده مقروناً بذكر السبب كما قاله أصبغ لتأكد العزم حينئذ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك».

ومما تقدم يتضح أن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعود بعمل، ومثله ما إذا

---

(١) المصدر السابق: ٢١٢/١.

(٢) الفروق: ٢٥/٤.

ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد ونشأ عن تخلف الواعد (الملتزم) بتنفيذ وعده ضررٌ ما حكم عليه قضاءً بتنفيذ ذلك الوعد. هذا هو المشهور المعتمد عليه في مذهب المالكية.

ولا شك أن القول بذلك ناشئ عن مبدأين في الشريعة:

الأول: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ومثله كل وعد صدر من الإنسان.

الثاني: قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضرر ولا ضرار**».

ولما كان الاجماع منعقداً على أن الوعد بالخطبة ليس ملزماً بالزواج حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم(١) بل له الرجوع عن وعده لخطورة عقد الزواج، وللاجماع على أنه لا يجوز الإكراه فيه بشكلٍ ما، كان لا بد من اعتبار الضرر الناشئ عن النكول بهذا الوعد، فلا بد من القول بوجوب التعويض عنه.

وقد قدمنا أن الحياة الاجتماعية في عصرنا الحاضر قد تلحق بالمخطوبة ضرراً مادياً أو أدبياً عند عدول الخاطب عن خطبته.

أما الضرر المادي ـ وهو الذي سلم به الأستاذ أبو زهرة ـ فذلك واضح في إعداد جهاز خاص أو أثاث معين قد طلبه الخاطب، ففي العدول حينئذ ضرر محقق بالمخطوبة لا تجيز الشريعة عدم التعويض عنه.

وأما الضرر الأدبي فالأستاذ أبو زهرة ينكر مبدأ التعويض عنه حيث لا يتصوره إلا في حالة الإستهواء الجنسي، ونحن معه في أن الضرر الأدبي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة والوقوع في المحرم الذي نهى الله عنه لا يستحق تعويضاً، لأن الشريعة لا تحترم الأفعال المخالفة لأوامرها ونواهيها، بل توجب العقوبة على ذلك كما هو معلوم، فليس مما يتفق مع مبادئ الإسلام في شيء أن نحكم للفتاة بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة نزوات نفسية طائشة غير متبصرة بالعواقب، ولا متقيدة بحدود الشريعة ومبادئ الأخلاق.

---

(١) قال الخرشي: «ويكره للرجل ترك من ركنت إليه بعد خطبته (أي وافقت على خطبته) لأنه من إخلاف الوعد، وقال بعض ولا يحرم على المرأة أو وليها بعد الركون أن يرجعا عن ذلك إلى غير الخاطب وقد صرح به ابن عسكر في شرح العمدة (شرح مختصر خليل: ٣/٦).

غير أن الضرر الأدبي لا ينحصر في ذلك، بل كثير منه ما يقع في حالات مباحة، وقد قدمنا من أمثلتها أن تكون الفتاة في سن يكثر معها الخاطبون فتختار واحداً منهم، ثم تمتد الخطبة سنتين ـ كما يقع كثيراً ـ ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلاً وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيراً.

أما القول بأن الضرر هنا نتيجة «اغترار» من المخطوبة وأهلها لا نتيجة «تغرير» فهو قول غير مسلّم به على اطلاقه، إذ ماذا يكون موقف الخطيبة وأهلها من الخاطب الذي دفع المهر أو بعضه، وقد اتفقا على إجراء العقد بعد إنهاء الخاطب دراسته في بلده أو في الخارج وذلك يستغرق أربع سنوات مثلاً، وقد دأب خلال هذه الفترة كلها على إرسال الهدايا في كل مناسبة، وإرسال الرسائل إلى خطيبته وأهلها يؤكد فيها تصميمه على إنجاز الزواج بعد الإنتهاء من عمله، ثم فاجأهم بعد هذا الانتظار الطويل بالعدول عن الخطبة؟ أتكون الخطيبة وأهلها ضحية «اغترار» أم ضحية «تغرير»؟ وماذا يكون موقف الشارع منهم لو أنهم وافقوا خلال هذه المدة على خطيب آخر وتزوج بها؟

أليس هذا هو الذي نهى عنه الشارع؟ ألا يكون هذا العقد في نظر فقهاء الظاهرية باطلاً كما قدمنا؟ وواجب الفسخ إن لم يتم دخول الخاطب الثاني بها بعد العقد كما هو المعتمد عند المالكية[1]؟

أما أن يقال: إن العدول حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، فهذا مسلّم به لا تنازع فيه، ونحن لا نقول بالتعويض في مثل هذه الحالات لمجرد العدول، بل هو لإساءة استعمال الحق بحيث أدى إلى ضرر الغير..

«لهذا كله نرى أن يعطى القاضي حق تقرير التعويض عند العدول إذا تحققت الشروط الثلاثة التالية مجتمعة:

أولاً: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

---

(١) قال الخرشي عند قول خليل: «وفسخ إن لم يبن» أي وإن ارتكب (الخاطب الثاني) الحرمة وخطب من ركنت إليه وعقد فإن نكاحه يفسخ قبل الدخول وجوباً بطلاق من غير مهر. ثم نص على أن القول بعدم الفسخ ضعيف عند المالكية والصحيح هو الفسخ قبل الدخول (٣/ ٣٧٦).

ثانياً: أن العدول قد أضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي.

ثالثاً: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج.

في القضاء المدني:

لم تعرض على محكمة من المحاكم الشرعية قضية من قضايا طلب التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة، وإنما عرضت على القضاء المختلط في مصر سابقاً، وعلى القضاء الوطني، ولعل ذلك باعتبار أن طلب التعويض عن أي ضرر ما ليس من صلاحيات المحاكم الشرعية بل هو من صميم اختصاص القضاء المدني.

وقد أجمعت المحاكم المصرية التي فصلت في هذا الموضوع على مبدأ أساسي وهو أن «الخطبة وعد غير ملزم ولكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة» وهذا يتفق مع فقه الشريعة الإسلامية وإجماع مذاهبها الاجتهادية.

اللهم إلا محكمة واحدة ذهبت إلى غير هذا وهي محكمة «سوهاج» الكلية[1]، فقد ذهبت إلى أن الخطبة عقد قائم فالعدول عنه يوجب التعويض، قالت: تلك المحكمة في قرارها المذكور:

«الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر ايجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين باجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عيناً أي اجراء هذا التعاقد النهائي لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن وعده، ولكن إذا جرى ذلك في تهور أو عنف أو خالياً عما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى فإن ذلك يوجب التعويض، والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء، ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيء الذي تخلف عن فعل المخطئ،

---

(١) في ٣٠ مايو ١٩٤٨.

وتستحق الخطيبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها مادامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح»[(١)].

ومن هذا الحكم نرى أنه قد تضمن مبدأ جديداً في التشريع في البلاد العربية والإسلامية، بل مبدأ مخالفاً للاتجاه السائد في عالم الفقه القانوني الحديث وهو أن الخطبة «وعد ملزم» بل فيه التصريح بأن الخطبة «عقد» وهذا ما لا يتفق مع الفقه الإسلامي، وإنما يتفق مع المفهوم الغربي والتشريع الكنسي للطوائف المسيحية كما هو معلوم.

ثم يعود الحكم إلى الاعتراف بأن الخطبة لا تلزم بإجراء عقد الزواج، وإنما تنشئ حقاً شخصياً ومن ثم فهي توجب التعويض عند العدول، وهذا تناقض واضح، فإن الخطبة إذا كانت لا تلزم بإجراء عقد الزواج، لم يكن هناك مبرر للتعويض بمجرد العدول، ولو كان ناشئاً عن طيش أو عنف أو لم يكن له مبرر، وإنما التعويض ينبغي أن يبنى على وجود الضرر.

أما القول بأن الوعد بالعقد ينشئ حقاً شخصياً فهذا لا يتمشى إلا على بعض الأقوال في مذهب مالك كما رأيت، وقد نقلنا لك أنهم يستثنون من ذلك الوعد بالزواج، فهذا لا يقضى به عندهم في تنفيذ الوعد قولاً واحداً، وإنما استندنا إليه في مبدأ التعويض عند تحقق الضرر، أما التعويض لمجرد العدول عن الخطبة فهذا يرفضه فقهاء المالكية أنفسهم، وهم في ذلك متفقون مع فقهاء المذاهب الأخرى.

ولا نكران في أن القول بالتعويض لمجرد العدول يؤدي ضمناً إلى الإكراه على عقد الزواج خوفاً من التعويض، وبخاصة إذا ترك تقديره لرأي القضاة، وقد يكون مبلغاً كبيراً لا يستطيع الخاطب العادل تحمله، والإكراه على الزواج مرفوض في الفقه الإسلامي وفي جميع الشرائع والقوانين.

ثم أن المحاكم في مصر (المختلطة سابقاً والوطنية) قد انقسمت إلى قسمين في مبدإ التعويض إلى رأيين:

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ص٨٢٩ للدكتور عبد الرزاق السنهوري.

أولاً ـ عدم التعويض:

وقد ذهب إلى عدم التعويض استئناف مصر ١٩٢٤ ثم في ١٩٢٦ ثم في ١٩٣٠ ثم في ١٩٣١ ومحكمة الزقازيق الاستئنافية ١٩٢٤.

وحجتهم في ذلك «أن فسخ الخطبة أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية عمل مشروع، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة، كما أن تحري العوامل التي دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التي لابست هذا الفسخ يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذي يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة»؟[1].

ثانياً ـ جواز التعويض:

وممن ذهب إلى جواز التعويض عن فسخ الخطبة وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية، المحاكم المختلطة (سابقاً) وأكثر المحاكم الوطنية كاستئناف مصر ١٩٢٥ وفي ١٩٣١ ومحكمة إسكندرية الكلية الوطنية ١٩٢٩ وفي ١٩٣٠ ومحكمة سوهاج الكلية ١٩٤٨ واستئناف مختلط ١٩٣٠ و١٩٣٢ و١٩٣٥ و١٩٣٦ وعدد آخر من المحاكم.

وحجتهم في ذلك «أن الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه، فلا تحمي الشرائع عدولاً طائشاً لايبرره مسوغ يقتضيه.

وأجابوا عما ورد في حجة الطرف الأول بأن خسارة نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول، ليست إلا مقابلاً للطلاق في ذاته، مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلاً ضاراً موجباً للمسؤولية المدنية، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة، احتجاجاً بدقة تقدير مثل

---

(١) الوسيط للدكتور السنهوري: ٨٢٨.

هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمات، فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعاً بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس شيء أحق برعاية القضاء وإشرافه أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الإنسان.

لهذا أجازوا التعويض عن فسخ الخطبة وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية[1].

والذي استقر عليه القضاء الآن ما قررته محكمة النقض المدنية في ١٩٣٩ هو ما يلي:

١ ـ الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢ ـ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

٣ ـ إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية (أي لا المسؤولية العقدية التي منشؤها الإخلال بعقد).

وتقول المحكمة في بيان قرارها ذاك «أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، وخصوصاً يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها ـ بغض النظر عن العدول المجرد ـ أفعال ضارة موجبة للتعويض[2].

ويلاحظ أن هذا القرار قصر التعويض على «الأفعال الضارة المستقلة استقلالاً تاماً عن الوعد والعدول» ونحن نرى توسيع دائرة التعويض عن الأضرار، وتقييد الفعل الضار بغير الاستهواء الجنسي، فإن الشريعة تعاقب عليه ولا تعوض عنه.

---

(١) المصدر السابق ص٨٢٨، ٨٢٩.	(٢) المصدر السابق ٨٣٠.

الباب الثاني

أركان العقد وشرائطه

الفصل الأوّل

الرضا والعلانية

الإيجاب والقَبول:

الزواج من العقود الثنائية الطرف، أي التي لا بد فيها من طرفين. وهو كبقية العقود، لا بد لوجوده شرعاً من تحقق أركانه، وهي:

١ ـ العاقدان.

٢ ـ المعقود عليه.

٣ ـ صيغة العقد.

أما العاقدان فهما: الرجل والمرأة أو وكيلاهما أو ولياهما، وفيهما شروط عامة اشترطها الشارع في كل متعاقدين، وشروط خاصة بعقد الزواج، وسيأتي بحثها في موضعها.

وأما المعقود عليه، فهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من عقد الزواج، للتعاون على الحياة المشتركة الدائمة، وإيجاد النسل الصالح للمجتمع.

وأما صيغة العقد، فالأصل أن العقود لا بد فيها من الرضا والإرادة، ولما كانا أمرين خفيين لا يمكن الاطلاع عليهما إلا بما يدل عليهما من قول أو فعل فقد اعتبر الشارع «الإيجاب والقبول» دليلين ظاهرين على تحقق الإرادة والرضا في نفس كل من المتعاقدين.

والإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالًّا على رضاه بالعقد.

والقَبول: هو اللفظ الذي يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر دالاً على موافقته على رغبة الأول.

فلا يشترط إذاً في الإيجاب أن يصدر من جانب معين، بل اللفظ الذي يقع أولاً يكون إيجاباً، والثاني يكون قبولاً، فإذا قال الرجل للمرأة: تزوجتك على مهر قدره كذا، فقالت المرأة: قبلت زواجك بما ذكرت من المهر، كان الرجل موجباً والمرأة قابلة، وإذا قالت المرأة أولاً: زوجتك نفسي على مهر قدره كذا، فقال الرجل: قبلت منك الزواج بما ذكرت من المهر، كانت المرأة موجبة والرجل قابلاً.

وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من القانون إذا تقول:

المادة ٥ ـ ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر.

أبحاث في الإيجاب والقَبول

أولاً ـ المادة اللفظية:

ما هي المادة اللغوية التي يجب أن يصاغ منها الإيجاب والقبول؟ أهي خاصة بمادتي **«الزواج»** و **«النكاح»** أم عامة في كل ما يدل على ذلك؟..

اتفق الفقهاء قاطبة على أن لفظي «الزواج» و «النكاح» ينعقد ـ بما يصاغ منهما لفظ الإيجاب والقبول ـ عقد الزواج من غير دليل ولا قرينة، لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة والشريعة للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾ [النساء: ٣] ﴿زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٣٧] **«إن من سنتنا النكاح»**[١] **«من استطاع منكم الباءة فليتزوج»**[٢].

واختلفوا فيما عدا هذين اللفظين على مذاهب ثلاثة:

أ ـ مذهب الشافعية والحنابلة:

ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله إلى أنه لا ينعقد الزواج بغير هذين اللفظين، فلا ينعقد بلفظ **«الهبة»** أو **«التمليك»** أو **«الاجارة»** ولم يجزأ الزواج بلفظ الهبة إلا للنبي ﷺ خاصة، قال تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

---

(١) رواه أبو يعلى في مسنده. (٢) رواه البخاري ومسلم.

قال الشافعي رحمه الله: فأبان جل شأنه أن الهبة لرسول الله ﷺ دون المؤمنين.. وفي هذا دلالة على أنه لا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج ولا يقع بكلام غيرهما وإن كان معه نية التزويج[١]. فلو قال الخاطب لولي المرأة: جئتك خاطباً لفلانة، فقال الولي: زوجتكها، لم يكن نكاحاً حتى يقول (الخاطب): قد قبلت تزويجها[٢].

ب ـ مذهب الحنفية:

وقال أبو حنيفة وداود وأبو ثور وغيرهم: ينعقد بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان، مثل **«الهبة»** و **«الصدقة»** و **«التمليك»** و **«الجعل»** ودليلهم في ذلك:

ـ أن النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال: **«قد ملكتكها بما معك من القرآن»**[٣].

ـ وإن هذه الألفاظ تدل مجازاً على معنى الزواج والنكاح، لأن معناها اللغوي التمليك، والزواج تمليك للمتعة، وليست الحقيقة وحدها طريقاً متعيناً للتعبير عن المعاني، بل المجاز طريق مألوف إذا قامت عليه قرينة، وهنا كذلك.

ـ وأما ما استدل به الشافعي من الآية ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فهي دليل لنا، لأنها تدل على أن «الهبة» تستعمل في الزواج، وأما قوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فالخصوصية للنبي ﷺ في هذا ليس بلفظ «الهبة» فقط، إذ ليس فيه كبير فضل ولا تخفيف مشقة على النبي ﷺ، وإنما هي في إسقاط المهر عنه، فغيره عليه الصلاة والسلام لا يجوز له أن يتزوج بلفظ الهبة أو غيرها من غير مهر.

هذا وهنالك ألفاظ اختلفت أقوال الحنفية في جواز استعمالها في الزواج، فالأصح أنه يجوز بلفظ **«البيع»** و **«السلم»** و **«الصرف»** لأنها ألفاظ وضعت لتمليك الأعيان بعوض، فيجوز أن تكون مجازاً عن الزواج.

واختلفوا في الزواج بلفظ **«الإجارة»** والأصح عندهم أنه لا يجوز، لأنها تدل على تمليك المنفعة مؤقتاً، والزواج مشروط فيه التأبيد.

واتفقوا على أنه لا يجوز بلفظ **«الإباحة»** و **«الإحلال»** لأنهما لا يدلان على

---

(١) الأم للشافعي: ٥/ ٣٣.
(٢) المصدر السابق.
(٣) رواه البخاري.

التمليك، إذ فرقٌ بين الإباحة والتمليك، ولا يجوز بلفظ «**الإعارة**» لأنها تمليك للمنفعة مؤقتاً، ولا بلفظ «**الوصية**» لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت[1].

جـ ـ مذهب المالكية:

وأجاز المالكية الزواج بألفاظ «الهبة» و «الصدقة» و «العطية» «والتمليك» إذا ذكر معها المهر، وحجتهم هو ما ذكرناه من حجة الحنفية، وإنما اشترطوا ذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

أما إذا لم يذكر معها المهر وقصد بها النكاح، وكذا لفظ الإباحة والإحلال والبيع والتمليك ونحوها إذا قصد بها النكاح أو سمي معها الصداق فالراجح عندهم عدم الانعقاد[2].

الألفاظ المصحفة:

وهنا بحث يذكره الفقهاء في هذا المجال، وهو حكم الزواج بالألفاظ المصحفة التي تجري على ألسنة العامة، مثل «تجوزت» أو «تزورت» بدلاً من «تزوجت» والصحيح أن كل لفظ يدل على معنى الزواج في عرف البلدة التي يجري فيها العقد، ينعقد به الزواج[3].

هل يشترط التكلم بالعربية؟:

وبحث آخر يذكره الفقهاء في هذا الصدد أيضاً، وهو هل يشترط أن تكون ألفاظ العقد باللغة العربية؟

لا يختلف الفقهاء في عدم اشتراط ذلك إذا كان العاقدان أو أحدهما لا يحسن التكلم باللغة العربية، لأن العبرة في العقود للمعاني، فالمطلوب منهما لفظان يعبران بهما عما في نفسيهما من إرادة ورضى، وليس على من لا يحسن العربية أن يتعلم لفظ الزواج أو النكاح ليصح عقده، نعم روى ابن قدامة عن بعض العلماء أنه يجب أن يتعلم إذا كان قادراً على ذلك، لأن ما كانت العربية شرطاً فيه

---

(١) الهداية وشرحها للكمال بن الهمام: ٣/ ١٠٥ ـ ١٠٨، والبدائع: ٢/ ٢٣٠.

(٢) حاشية العدوي على رسالة ابن أبي زيد: ٢/ ٣٠.

(٣) ابن عابدين: ٢/ ٢٦٩.

لزمه أن يتعلمها مع القدرة[1]. وهو قول غير معتمد ولا قائل به من أئمة المذاهب الاجتهادية.

أما إذا كان العاقدان يحسنان التكلم بالعربية، أو يقدران على التعبير عن الزواج بالعربية، فمذهب الجمهور أنه لا يجب أن يكون بالعربية بل يجوز بكل لغة يمكن التفاهم بها لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة، وذلك واقع في كل لغة، وذهب بعض القائلين بالجواز إلى كراهة التلفظ بغير العربية لأنها لغة القرآن، فالتعبير بألفاظ توافق تعبير القرآن أولى.

وقال الشافعي وأحمد: لا يجوز إلا أن تكون بالعربية، لأنه عدول عن لفظي «الإنكاح والتزويج» مع القدرة عليهما، فلم يصح كما لم يصح في ألفاظ «الهبة والإحلال والبيع»[2].

موقف القانون:

وقد ذهب القانون إلى ما ذهب إليه الجمهور، من عدم التقيد بلفظي الزواج والنكاح، وانعقاده بكل لفظ يدل عليه لغة أو عرفاً، من غير اشتراط أن يكون ذلك باللغة العربية، وفي ذلك تقول المادة التالية:

المادة ٦ ـ يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً.

ثانياً ـ الصيغة اللفظية:

قلنا إن الإيجاب والقبول دليلان على الإرادة الكامنة في نفس كل من المتعاقدين، ولذلك كانت الألفاظ الموضوعة للدلالة على هذه الإرادة هي ما كانت بصيغة الماضي لأن الإرادة سبقت اللفظ المعبر عنها فهو يأتي بعدها، هذا هو الأصل في صيغ ألفاظ العقود، وأجازوا في النكاح خاصة أن يعبر فيه بلفظين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل، فلو قال لها: زوجيني نفسك على مهرٍ قدره كذا. فقالت المرأة: قبلت، تمّ بذلك الإيجاب والقبول، وقد ذهب بعض العلماء إلى أن صيغة الأمر هنا إيجاب، لأنه إنما قصد إيجاب الزواج لا مجرد أمرها بذلك، وذهب الأكثرون إلى أن ذلك توكيل من الرجل للمرأة باجراء عقد الزواج،

---

(١) المغني: ٧/ ٤٣٠.
(٢) المغني: ٧/ ٤٢٩.

فكأن الرجل أراد بقوله: زوجيني نفسك بكذا، وكلتك بأن تجري عقد الزواج معك نيابة عني، فإذا قالت المرأة بعد ذلك: قبلت أو زوجتك نفسي، كان هذا قبولاً للوكالة وإجراء للعقد اصالة عنها ونيابة عن الرجل، ومن المقرر ـ كما سيأتي معنا ـ أن صيغة العقد في الزواج يجوز أن يجريها شخص واحد أصالة عن نفسه ووكالة عن غيره في مذهب الحنفية.

وكذلك تصح صيغة العقد بالمضارع إذا كانت دلالة الحال على أنه للإيجاب لا للوعد، فلو قال الرجل في مجلس العقد: أتزوجك على مهر قدره كذا، وقالت هي: أقبل أو قبلت، صح العقد، لأن دلالة الحال على أنهما لا يريدان المساومة والوعد، وإنما يريدان التنجيز، وإنما لم تجز مثل هذه الصيغة في العقود الأخرى إلا بعد التأكد من إرادة الإيجاب، لأن البيع مثلاً لا يحتاج إلى مساومات ومفاوضات سابقة على مجلس العقد كما في عقد الزواج، فإذا قال الرجل: أبيعك هذا الشيء بكذا، احتمل أن يكون مساومة كما احتمل أن يكون إيجاباً، فإذا قامت القرينة على أنه أراد الإيجاب لا المساومة صح، وإلا فلا، أما في عقد الزواج فالغالب والمعتاد أن المتعاقدين لا يجلسان في مجلس العقد إلا بعد أن يكونا قد قطعا مرحلة التفاهم والتفاوض على أمر الخطبة والمهر وسواهما من شؤون العقد، فتعين أن يكون قول أحدهما في مجلس العقد: أتزوجك بكذا، إيجاباً لا مساومة، إلا إذا قام دليل على إرادة المساومة.

ولو قال رجل لآخر: تُزوجني بنتك؟ فقال الآخر: قبلت، صح العقد، ولو قال: هل تزوجني بنتك؟ فقال الآخر: قبلت أو اعطيت، فإن كان المجلس للوعد والمساومة لم ينعقد، وإلا فهو تنجيز، ولو قال: جئتك خاطباً بنتك أو لتزوجني بنتك، فقال الأب: زوجتك، فالنكاح لازم، وليس للخاطب أن لا يقبل، لعدم جريان المساومة فيه[1].

ثالثاً ـ تأبيد العقد:

قلنا أن الغاية من الزواج الاشتراك مع الزوجة في حياة زوجية هانئة تثمر نسلاً صالحاً، وهذا من شأنه أن يكون عقد الزواج مؤبداً غير مؤقت، وبذلك جاءت الشريعة، وقد ذهب جمهور العلماء إلى أن التأقيت يبطل عقد الزواج، وذلك في صورتين:

---

(١) انظر فتح القدير: ٣/ ١٠٣، والبدائع: ٢/ ٢٣١.

١ ـ أن يكون العقد بصيغة «التمتع» كأن يقول: تمتعت بك إلى شهر كذا، فتقول: قبلت.

٢ ـ أن يكون بصيغة الزواج، كأن يقول: تزوجتك إلى شهر كذا فتقول: قبلت.

الخلاف في المتعة:

أما الأول ـ وهو العقد بصيغة التمتع ـ فقد ذهب جماهير العلماء من عهد الصحابة حتى عصر الأئمة المجتهدين إلى تحريم ذلك وبطلان العقد.

وذهب الشيعة الإمامية (الاثنا عشرية) إلى جواز ذلك[1]، وقد نُسب إلى ابن عباس أنه كان ممن يقول بجواز المتعة واستمر على ذلك طيلة حياته.

حجة الإمامية:

وقد استدل الإمامية على جواز المتعة بالقرآن والسنة:

أ ـ أما القرآن فمن قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] دلت هذه الآية على جواز المتعة من ثلاث وجوه:

١ ـ ذكرت الآية «الاستمتاع» ولم تذكر «النكاح» والاستمتاع والتمتع من مادة واحدة.

٢ ـ أمرت الآية بايتاء الأجر، وهو حقيقة في الإجارة، والمتعة هو عقد الإجارة على منفعة البضع.

٣ ـ أمرت الآية بايتاء الأجر بعد الاستمتاع، وذلك يكون في عقد الإجارة والمتعة، فأما المهر فإنما يجب في النكاح بنفس العقد، ويطالب الزوج بالمهر أولاً، ثم يُمكّن من الاستمتاع[2].

ب ـ وأما السنة فما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن مسعود قال: كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس معنا نساء، فقلنا: ألا نختصي؟ فنهانا على ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله (ابن مسعود): ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٧].

---

(١) الروضة البهية: ٢/ ١٠٤.

(٢) الروضة البهية: ٣/ ١٠٣، والبدائع: ٢/ ٢٨٢.

جـ ـ وقد اشتهر عن ابن عباس الإفتاء بجواز المتعة، حتى أنه لما بلغه نهي عمر عنها أنكر عليه ذلك واحتج بأن النبي ﷺ أباحها[1]. وقد روى ابن حزم أن من الصحابة من أحلها غير ابن عباس، كعبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله، وأبي سعيد الخدري وغيرهم[2]، وذكر المرتضى أن ممن أحلها من أئمة الشيعة: الباقر والصادق، ومن علماء مكة: ابنُ جريج[3].

حجة الجمهور:

واستدل الجمهور لمذهبهم في تحريم المتعة بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول.

أ ـ أما القرآن فقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ۝٧﴾ [المؤمنون].

وهذه الآية تدل على تحريم المتعة من وجهين:

١ ـ أنها حرمت الجماع إلا من طريقين: النكاح وملك اليمين، وليست المتعة نكاحاً ولا ملك يمين، فتكون محرمة، ويدل على أنها ليست بنكاح أنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة، ولا نفقة فيها، ولا يجري بها التوارث.

٢ ـ أنها اعتبرت الوطء من غير نكاح ولا ملك يمين عدواناً، فالمتعة عدوان منهي عنه.

ب ـ وأما السنة فما أخرجه البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن «خيبر».

جـ ـ وأما الإجماع فهو أن الأمة كلها امتنعت عن المتعة مع ظهور الحاجة إليها، ولو كانت جائزة لأفتوا بها، وأما ما روي عن ابن عباس فسيأتي صحة رجوعه عن فتواه في آخر عمره، وما روي عن بعض الصحابة فذلك ـ لو صح ـ محمول على عدم علمهم بالتحريم عام خيبر أو عام فتح مكة، ثم لما شاع التحريم المؤبد لم ينقل عن أحد منهم القول بجوازها، وما روي عن ابن جريج فقد روى

---

(١) نيل الأوطار: ٦/١٣٥.
(٢) المحلى: ٩/٥١٩.
(٣) البحر الزخار: ٣/٢٢.

أبو عوانة في صحيحه رجوعه عن ذلك وهو في البصرة إذ قال لهم: اشهدوا أني قد رجعت عنها بعدما حدثهم فيها ثمانية عشر حديثاً أنه لا بأس بها[1].

د ـ وأما المعقول، فهو أن النكاح إنما شرع لأغراض ومقاصد اجتماعية مثل سكن النفس والتناسل، والمتعة ليس فيها إلا قضاء الشهوة، وأيضاً فإن الله حرم الزنى لأضراره الاجتماعية والاخلاقية، وفي إباحة المتعة ابقاء للزنى تحت اسم آخر، فلا معنى لتحريمه مع إباحة المتعة، وقد اعتبر الله تأجير الفتاة نفسها للشهوة بغاء، ونهى عنه فيما نهى من أعمال الجاهلية قبل الإسلام: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَـٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ [النور: ٣٣].

أجوبتهم على أدلة الإمامية:

وأجاب الجمهور على أدلة الإمامية بما يلي:

أ ـ أما الآية ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] فالجواب من ثلاث أوجه:

١ ـ إن المراد بالاستمتاع هنا، الاستمتاع بالنكاح، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها، فقد بدئت الآيات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ...﴾ إلخ [النساء: ٢٢] وختمت بقوله: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ...﴾ إلخ فدل ذلك على أن المراد بالاستمتاع هنا ما كان عن طريق النكاح المعهود.

٢ ـ وأما التعبير بالأجر، فإن المهر في النكاح يسمى أجراً، ويدل لذلك قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥] أي مهورهن وقال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّـٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] أي مهورهن.

٣ ـ وأما أنه تعالى أمر بايتاء الأجر بعد الاستمتاع، والمهر يؤخذ قبل الاستمتاع، فقيل في الجواب عنه أن هنا تقديماً وتأخيراً، والتقدير فآتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن، أي إذا أردتم الاستمتاع بهن، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي إذا أردتم الطلاق، ومثل قوله

---

(١) نيل الأوطار: ١٣٦/٦.

تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] أي إذا أردتم القيام إلى الصلاة.

٧١ ـ وأما السنة، فقد تأكد فيها ما يدل على التحريم بعد ذلك، وأن الإباحة التي وردت في الحديث الذي استدلوا به، كانت في ظروف خاصة، ثم جاء التحريم بعد ذلك.

وإليك بعض هذه الأحاديث. . .

١ ـ أخرج مسلم عن سَبْرَةَ بن معبد الجهني قال: أذن لنا رسول الله ﷺ بالمتعة، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر، كأنها بكرة عبطاء (وهي الحسنة الطويلة العنق) فعرضنا عليها أنفسنا فقالت: ما تعطيني.؟ قلت: ردائي، وقال صاحبي: ردائي، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي، وكنت أنا أشب منه، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إلي أعجبتها، ثم قالت: أنت ورداؤك تكفيني، فمكثت معها ثلاثاً، ثم إن رسول الله ﷺ قال: **«من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بهن فليخل سبيلها»**.

٢ ـ وأخرج مسلم عن سبرة أيضاً عن النبي ﷺ: **«كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة»**.

٣ ـ وعن سلمة بن الأكوع قال: رخص لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء عام أوطاس ثلاث أيام ثم نهى عنها.

٤ ـ وروى أحمد وأبو داود عن سبرة أيضاً أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة.

موقف ابن عباس:

وأما موقف ابن عباس فقد أجاب عنه الجمهور إجابات مختلفة. . .

ـ فقيل. . أنه ظل على قوله إلى آخر عمره، ولا يضر خلافه إجماع الصحابة، فإنه منفرد بهذا الرأي لم يشاركه فيه غيره، ويدل على ثباته على هذا القول إلى آخر عمره، ما رواه مسلم أن علياً سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال: مهلا يا ابن عباس فإني سمعت رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية.

وروى مسلم عن عروة بن الزبير، أن عبد الله بن الزبير قام بمكة فقال: إن أناساً أعمى الله قلوبهم كما أعمى أبصارهم يفتون بالمتعة - يعرّض برجل - (قال الشراح: إنه عبد الله بن عباس) فناداه - أي ابن عباس - فقال له: إنك لجلف جاف، فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد أمير المتقين - يريد رسول الله ﷺ - فقال له ابن الزبير: فجرب نفسك والله لو فعلتها لأرجمنك بأحجارك. فهذا الحديث يدل على أن ابن عباس ظل ثابتاً على رأيه في إباحة المتعة إلى آخر عمره حين كف بصره.

- وقيل أنه أباح ذلك عند الاضطرار، والعنت في الأسفار، فقد روى سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس: لقد سارت بفتياك الركبان، وقال فيها الشعراء، قال: وما قالوا؟ قلت: قالوا:

قد قلت للشيخ لما طال محبسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس؟
وهل ترى رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى مصدر الناس!

فقال ابن عباس: سبحان الله، والله ما بهذا أفتيت، وإنما هي كالميتة لا تحل إلا للمضطر[1].

- وقيل أنه رجع عنها. بدليل ما رواه الترمذي عن ابن عباس: إنما كانت المتعة في أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له فيها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت هذه الآية ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ قال ابن عباس: فكل فرج سواهما حرام.

والذي صححه كثير من العلماء هو القول الثالث، وهو رجوع ابن عباس إلى رأي جمهور الصحابة، بدليل ما رواه الترمذي في الحديث السابق، ورواه أيضاً البيهقي وأبو عوانة في صحيحه، ويؤكد ذلك إجماع الصحابة عليه، ولا يعقل أن يخالفهم، فقد روى الحازمي بسنده إلى جابر بن عبد الله، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى غزوة تبوك، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام، جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا منهن وهن يظعنَّ في رحالنا، فجاء رسول الله ﷺ فنظر إليهن وقال: من هؤلاء النسوة..؟ فقلنا: يا رسول الله.. نسوة تمتعنا منهن فغضب

---

(١) نيل الأوطار: ٦/ ١٣٥ وروى ذلك الحازمي كما نقله عنه الكمال بن الهمام في فتح القدير: ٣/ ١٥١.

رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه، وتمعر وجهه، وقام فينا خطيباً فحمد الله وأثنى عليه، ثم نهى عن المتعة، فتواعدنا يومئذ الرجال والنساء، ولم نعد ولا نعود إليها أبداً، وقال ابن عمر: «إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثاً ثم حرمها، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة».

والحاصل أن الثابت الذي لا مرية فيه، أن النبي ﷺ أباحها في أول عهد الناس بالإسلام، حين يكونون في سفر بعيدين عن نسائهم، ثم حرمها بعد ذلك تحريماً قاطعاً، على ملأ من جمهور الصحابة، وقد ظل بعضهم على غير علم بهذا التحريم، كابن عباس، حتى كان عهد عمر فأعلن أن النبي ﷺ حرمها في آخر أمره، والمفروض فيمن كان كابن عباس في دينه وعلمه ومكانته من الصحابة، أن لا يصر على رأيه بعد أن روى جمهور من الصحابة تحريم النبي لها، وبعد أن أعلن عمر ذلك على ملأ منهم، ولم ينكر عليه أحد، ولذلك نرجح رجوع ابن عباس عن قوله في آخر عمره، ولا مستند للشيعة الإمامية في إباحة المتعة، خصوصاً وأن علياً رضي الله عنه قد صح عنه تحريم المتعة، وأنه رد على ابن عباس رأيه، فيما رواه عنه مسلم أنه قال: «إنك رجل تائه، نهانا رسول الله ﷺ عن متعة النساء يوم خيبر» والشيعة أجدر الناس باتباع رأي علي رضي الله عنه، وإن كانوا ينكرون هذه الرواية عنه.

هذا ومن المناسب أن نذكر بأن الإمامية انفردوا بين فرق الشيعة بجواز المتعة، وأن المذاهب الشيعية الأخرى ذهبت إلى ما ذهب إليه الجمهور، قال الإمام المرتضى من علماء الشيعة الزيدية: «ويحرم نكاح المتعة وهو المؤقت لنهيه ﷺ وعلي عليه السلام عنه، وقد رجع ابن عباس عن تحليله»[١].

كما نذكر أنهم يشترطون في عقد المتعة ما يشترطون في عقد الزواج الدائم من الإيجاب والقبول. ويزيدون في المتعة وجوب ذكر الأجل المضبوط، وذكر المهر وحكمه عندهم كحكم الزواج الدائم من الشروط والولاية وأنواع المحرمات، ويختلف عنه بأنه لا نصاب فيه ولا عدد، ولا يقع فيه طلاق ولا توارث إلا إذا اشترطاه في العقد، وليس للمستمتع بها حق النفقة كالزوجة وإذا انقضت مدة الاستمتاع يجب أن تعتد بحيضتين[٢]، وهذا يؤكد ما ذهب إليه

---

(١) البحر الزخار: ٣/ ٢٢.

(٢) انظر الروضة البهية: ٢/ ١٠٤ ـ ١٠٧.

الجمهور من أن المتعة ليست زواجاً، إذ ليست لها أهم آثار الزواج ولا خصائصه، من الاقتصار على الأربع والإرث والنفقة وحق الطلاق وعدد العدة فيه، فلا يصح أن يصرف إليها ما ورد في القرآن عن الزواج والأزواج.

الخلاف في الزواج المؤقت:

وأما الثاني ـ وهو الزواج على التأقيت ـ فالجمهور أيضاً على بطلانه، كما لو قال: «تزوجتك إلى شهر بكذا» لأنه هو المتعة التي سبق الكلام عنها، ولا يفترق الأمر بين أن يعقد بلفظ المتعة أو بالنكاح مع التأقيت.

وشذ زفر عن جماهير العلماء باعتبار العقد صحيحاً والتأقيت باطلاً، فمن تزوج إلى مدة مؤقتة كان زواجاً صحيحاً مؤبداً، ولا عبرة بالتأقيت فيه لأنه شرط فاسد، وعقد الزواج لا يبطل بالشرط الفاسد، كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر، صح العقد وبطل الشرط.

وأجاب الجمهور بأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ، والمعنى هنا هو معنى المتعة التي حرمها الفقهاء. ومنهم زفر، وأما صحة العقد فيما إذا اشترطت طلاقها بعد شهر فلأن عقد الزواج وقع مؤبداً فصح، ولغي الشرط[1].

العقد عن طريق الكتابة:

الأصل في العقود المشافهة، وقد يتعذر ذلك لغياب أحد المتعاقدين، فتقوم الكتابة مقام المشافهة في إجراء العقد، ومن هنا قال الفقهاء: **«الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر»**[2].

ويشترط في الكتابة أن تكون **«مستبينة»** أي مكتوبة على وجه يمكن قراءته وفهمه، كالكتابة على الصحيفة بأسلوب يفهم ويكون له معنى، فلو كتب على الهواء أو الماء أو على ما لا يمكن أن يقرأ ولا يفهم، لا تعتبر هذه الكتابة، كما يشترط أيضاً أن تكون **«مرسومة»** أي معنونة باسم المرسل إليه وموقعة من المرسل، فإن لم تكن كذلك فلا تعتبر[3].

هذه هي القواعد العامة في كتابة العقود بين الغائبين، ومن ذلك جوزوا

---

(١) الهداية وفتح القدير: ٣/ ١٥٢.
(٢) الفتاوى الخانية: / ٤٨٢.
(٣) الفتاوى الخانية: ١/ ٣٧٨.

إجراء عقد النكاح بالمكاتبة عند غياب أحد الطرفين عن المجلس، فلو كانا حاضرين لا تنعقد الكتابة، كما لو كتب «تزوجتك» فكتبت «قبلت»[1].

ولا يشترط أن يكون غائباً عن البلدة، بل يصح لو كان أحدهما غائباً في البلدة ولم يحضر المجلس لعذر أو غير عذر[2].

وصورة عقد الزواج بالمكاتبة، أن يكتب إليها: تزوجتك بمهر قدره كذا، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت: زوجت نفسي منه، فإذا فعلت ذلك فقد تم عقد الزواج، وكذا لو قالت أمام الشهود: إن فلاناً أرسل إلي يخطبني فاشهدوا أني زوجت نفسي منه، فإن العقد صحيح ولو لم تقرأ عبارة الكتاب، لأن الشهود سمعوا كلامها وكلام الخاطب عن لسانها[3] بخلاف ما لو اقتصر على قولها بحضورهم: زوجت نفسي من فلان، دون أن تقرأ عليهم عبارة الكتاب أو تخبرهم بمضمونه، فإن العقد لا يتم، لأن الشهود لم يسمعوا إلا جانباً واحداً وهو جانب المرأة.

ولو كتب إليها: زوجي نفسك مني «بصيغة الأمر» فبلغها الكتاب فقالت: إشهدوا أني زوجت نفسي من فلان، فإن العقد يتم، بناء على ما قدمناه من أن صيغة الأمر تعتبر توكيلاً للزوجة بإجراء صيغة العقد، فإذا قالت: زوجت نفسي، وقع ذلك عن عبارتها أصالة، وعن عبارة الزوج وكالة، فالشهود حينئذ قد سمعوا كلام الطرفين حكما[4].

ولو كتب الرجل الكتاب الذي يخطب فيه المرأة ثم ختمه وقال للشهود: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز عند أبي حنيفة حتى يعلم الشهود بما فيه، وجاز عند أبي يوسف ومحمد[5].

ولو كتب الكتاب وأرسله بالبريد المضمون فهل يجوز ذلك؟ مقتضى النظر أن يكون فيه الخلاف السابق، فعند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما يجوز.

وعلى ضوء هذه الأحكام كلها نفهم المادة التالية من القانون:

المادة ٧ ـ يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس.

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/ ٢٧٠.
(٢) ابن عابدين: ٢/ ٣٥٦.
(٣) الفتاوى الهندية: ١/ ٢٦٩.
(٤) فتح القدير: ٣/ ١٠٩.
(٥) المصدر السابق.

الوكالة في عقد الزواج

الأصل في العقود كلها أن تجوز الوكالة فيها ولم يختلف أحد من الفقهاء في أن الوكالة بالنكاح جائزة، بل الواقع المعتاد في أكثر عقود الزواج أن لا يباشر الرجل والمرأة العقد بنفسيهما لغلبة الحياء على الناس في مثل ذلك.

والوكيل بالنكاح سفير ومعبر، فلا يطالب بالمهر ولا بالنفقة ولا بحق ما من حقوق الزوجية، إلا أن يكون كفيلا بها فيؤخذ بما يؤخذ به الكفيل.

ويصح التوكيل بالنكاح وإن لم يحضره الشهود[1] إلا أنه يحسن الاشهاد للحاجة إلى ذلك عند الجحود.

أنواع الوكالة:

والوكالة نوعان:

١ ـ **مطلقة**، وهو أن توكله بزواجها من رجل، من غير تقييد بمهر معين أو وصف معين، ومثل ذلك أن يوكل آخر في تزويجه وكالة مطلقة، فهذه جائزة، إلا على رأي بعض الفقهاء لما في ذلك من الجهالة المؤدية إلى النزاع، والغرر المؤدي في الغالب إلى الضرر.

وفي هذه الحالة ـ الوكالة المطلقة ـ هل يشترط الكفاءة ومهر المثل فيمن يزوجه الوكيل؟.

يختلف الأمر بين ما إذا كان التوكيل من جانب الرجل، وبين ما إذا كان من جانب المرأة.

فإن كان التوكيل من جانب الرجل، فقد قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس على الوكيل أن يتقيد بتزويجه المرأة من حيث الكفاءة أو السلامة أو مهر المثل، فلو

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/ ٢٩٤.

زوجه عمياء أو شلاء أو عوراء أو مجنونة، وسواء كانت كفؤاً أو غير كفء وسواء كان بمهر المثل أم بأكثر ولو مما لا يتغابن فيه الناس جاز ذلك كله[1] لأن الوكالة مطلقة لم تتقيد بوصف الكفاءة أو السلامة من العيوب أو مهر المثل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يصح، لأن اللفظ ـ وإن كان مطلقاً ـ يتقيد بالمعتاد في عرف الناس، والوكالة إنما هي للاستعانة بخبرة الوكيل ورأيه في اختيار الأصلح، فإذا زوجه بمن لا تصلح عادة للزواج، فقد أساء التصرف وخرج بالوكالة عن أغراضها المشروعة. ومثل هذا الزواج لا يعجز أي إنسان أن يقوم به، فما معنى التوكيل إذا؟[2] ويتفرع على هذا الخلاف لو وكل أمير أو وزير رجلاً بتزويجه يتقيد بالكفاءة والسلامة عندهما خلافاً لأبي حنيفة، ولا شك في أن قولهما هو المعقول ولذلك قال الفقهاء: إنه هو الاستحسان، فأشعر ذلك بترجيحه على قول أبي حنيفة: وقد نص بعض فقهاء الحنفية على أن الفتوى على قولهما[3].

وإن كانت المرأة هي التي وكلت غيرها فزوَّجها من غير كفء، فالصحيح أنه لا يجوز عند الإمام وصاحبيه قولاً واحداً: وقيل بل هو على الخلاف السابق، فالإمام يجيزه والصاحبان لا[4]، وقد رجح صاحب الفتح وغيره اتفاق الإمام مع الصاحبين في عدم الجواز، ويكون أبو حنيفة قد خالف في هذه المسألة أصله السابق من أن مطلق التوكيل لا يتقيد بالكفاءة وحجته هنا أن المرأة تتعير بالزواج من غير كفء فيتقيد إطلاقها بالكفء، بخلاف الرجل فإنه لا يعير بالزواج من امرأة لا تكافئه[5].

٢ ـ **مقيدة**، فتتقيد بما قيدت الوكالة به اتفاقاً، فلو وكله أن يزوجه امرأة بعينها على مهر معين لم يجز له أن يخالفه، وإذا خالف لا ينفذ إلا إذا أجازه الموكل، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير، كما إذا وكله أن يزوجه امرأة بألف فزوجه بخمسمائة، أو وكله بأن يزوجه عمياء فزوجه مبصرة فإن ذلك جائز[6]، ولو وكله على أن يزوجه امرأة واحدة فزوجه اثنتين في عقد واحد لم يجز في واحدة منهما[7]، وإن زوجه واحدة بعد أخرى نفذت في الأولى ولم تنفذ في الثانية إلا بإجازته.

---

(١) الفتاوى الخانية: ١/٣٤٦.
(٢) الهداية وفتح القدير ٣/٢٠٢.
(٣) فتح القدير: ٣/٢٠٢.
(٤) الفتاوى الخانية: ١/٣٤٦.
(٥) فتح القدير: ٣/٢٠٣.
(٦) المصدر السابق: ٣/٢٠٢.
(٧) الفتاوى الخانية: ١/٣٤٦.

هل يتولى الواحد طرفي العقد:

الأصل في العقود كلها أن يتولى إنشاءها عاقدان، أحدهما موجب والآخر قابل، وذلك لتباين الالتزامات المالية بين المتعاقدين، واختلفوا في عقد الزواج: هل يجوز أن يتولاه واحد فقط أم لا بد من وجود عاقدين كبقية العقود؟ على ثلاثة مذاهب.

مذهب الشافعي وزفر:

فذهب الشافعي وزفر إلى أنه لا يجوز في عقد الزواج أن يتولاه طرف واحد مطلقاً، وسواء كان ولياً أو وكيلاً أو فضولياً، فلو قال: اشهدوا أن فلانة بنت فلان وكلتني أن أتزوج منها وقد قبلت، لم يصح ذلك عندهما، لأن العاقد الواحد لا يصح أن يكون ملزماً لغيره وملتزماً لنفسه في آن واحد، كما في البيع فإنه لا يجوز أن يتولى واحد اجراء البيع والشراء بالاتفاق، ما عدا الأب، فإنه يجوز أن يبيع لولده الصغير من نفسه لمكان الضرورة في ذلك، ولا ضرورة هنا في عقد الزواج[١].

مذهب أبي حنيفة ومحمد:

وذهب أبو حنيفة ومحمد ومالك وأحمد وغيرهم إلى جواز أن يتولى الوكيل أو الولي طرفي العقد، ولا يجوز ذلك بالنسبة إلى الفضولي، ويتصور إجراء العقد من طرف واحد عندهم في الحالات التالية:

١ ـ أن يكون وكيلاً عن الرجل والمرأة.

٢ ـ أن يكون وكيلاً عن غيره وأصيلاً بالنسبة إلى نفسه، كأن توكله أن يزوجها من نفسه.

٣ ـ أن يكون ولياً للطرفين كأن يزوج الأخ ابن أخيه الصغير من بنت أخيه الصغيرة.

٤ ـ أن يكون ولياً عن غيره وأصيلاً بالنسبة إلى نفسه، كأن يزوج نفسه من بنت عمه التي في ولايته[٢].

---

(١) البدائع: ٢/ ٢٣١.

(٢) هذا حكم فقهي وسيأتي معنا أن القانون جعل الولاية في الزوجات للعصبات المحارم.

٥ ـ أن يكون ولياً من طرف، ووكيلاً عن الطرف الآخر، كأن يوكل رجلاً بتزويجه من ابنته.

ففي هذه الحالات نجد العاقد واحداً قائماً مقام عاقدين، وذلك جائز عند من ذكرناهم من الفقهاء، وحجتهم في ذلك أن الوكيل أو الولي في النكاح سفير ومعبر فلا يكون ـ كما قال الشافعي وزفر ـ ملزماً وملتزماً في آن واحد بدليل أنه لا بد من إضافة العقد إلى موكله أو المولى عليه، ولا يطالب بالمهر، وتسليم الزوجة، وهذا بخلاف البيع والشراء فإن العاقد فيه يضيفه إلى نفسه، ويطالب هو بالحقوق الناشئة عن العقد من تسليم المبيع أو دفع الثمن، فافترق الأمر بين النكاح والبيع[١].

ويؤيد ما ذهب إليه أبو حنيفة وموافقوه من جواز إجراء العقد من طرف واحد ما روي عن عقبة بن عامر من أن النبي ﷺ قال لرجل: «**أترضى أن أزوجك فلانة؟** قال: نعم، وقال للمرأة: **أترضين أن أزوجك فلاناً؟** قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه»[٢]، وعن عبد الرحمٰن بن عوف أنه قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: فقد تزوجتك[٣].

مذهب أبي يوسف:

وذهب أبو يوسف إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن معه، وزاد عليهم جواز ذلك بالنسبة إلى الفضولي، فلو زوج فضولي رجلاً من امرأة بغير علمهما جاز وتوقف على قبولهم، فإن قبلا نفذ العقد وإن رفضا أو رفض أحدهما لم ينفذ، ومثل ذلك ما لو زوجت المرأة نفسها من رجل آخر بغير علمه فقالت: إشهدوا أني زوجت نفسي من فلان، جاز ذلك عند أبي يوسف وتوقف على قبول الرجل وقد خالفه في ذلك أبو حنيفة ومحمد فقالا: لا يجوز أن يكون العاقد فضولياً من الجانبين، أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب، لأن الموجود شطر العقد ولا يمكن أن يعتبر عن الشطر الآخر إلا بوكالة أو ولاية. وحجة أبي يوسف أن عبارته تتضمن شطري العقد فيجوز كما في الولي والوكيل[٤].

---

(١) البدائع: ٢/ ٢٣٢. (٢) رواه أبو داود.

(٣) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً (أي في عنوان الباب من غير إسناد).

(٤) الهداية وفتح القدير: ٣/ ١٩٩.

هل يزوج الوكيل من نفسه؟

لا يختلف فقهاء الحنفية في أن الوكيل بالزواج وكالة مطلقة ليس له أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نصت على ذلك[1] لأنها لو أرادت زواجها منه لصرحت به، فحيث أطلقت دل على أنها لا تريده. وقد اختلفوا في جواز زواجها من ابنه أو ممن لا تقبل شهادته له، فعند أبي حنيفة يجوز، وعندهما لا يجوز[2].

هذا ولنذكر مواد القانون في الأحكام التي ذكرناها وهي:

المادة ـ ٨ ـ:

١ ـ يجوز التوكيل في عقد النكاح.

٢ ـ ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة.

المادة ـ ٩ ـ إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان الفضولي موقوفاً عقده على الإجازة.

وينبغي أن يلاحظ أن القانون قد أخذ بمذهب أبي حنيفة على جواز أن يتولى طرفي العقد رجل واحد، حين منع زواج الوكيل من موكلته إلا إذا نص على ذلك في عقد الوكالة. كما أن القانون لم يجعل ذلك إلا للوكيل دون الولي، لأنه لم يجعل الصغار ـ دون البلوغ ـ أهلاً للزواج، فلم تبق للأولياء من أب أو جد أو غيرهما ولاية تزويجهم.

كما ينبغي أن نلاحظ أن القانون مشى على مذهب الصاحبين في جواز أن يزوج الوكيل موكلته من ابنه أو أبيه أو من لا تقبل شهادته له، لأنه منع ذلك بالنسبة إلى الوكيل فقط، ولم ينص على من عداه من قرابته.

العقد بالإشارة:

٨٧ ـ قلنا إن الأصل في العقود أن تقع باللسان مشافهة، وأجازت الشريعة العقد بالمكاتبة حتى لا يتم اللقاء بين الطرفين في مجلس واحد، ويبقى عقد الأخرس هل يصح منه العقد وهو لا يحسن النطق؟

---

(١) فتح القدير: ١٩٧/٣.

(٢) ابن عابدين: ٣٢٨/٢.

لا شك في أن الشريعة أجازت تصرفاته بالكتابة، فيصح عقد الزواج بالمكاتبة اتفاقاً، وهل يصح عقده بالإشارة إذا كان قادراً على الكتابة؟ الذي أطلقه كثير من الفقهاء أن إشارة الأخرس المفهومة جائزة ولو كان يحسن الكتابة. وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى أنه إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة[1]. وهذا هو ما نص عليه السرخسي في المبسوط في باب طلاق الأخرس حيث قال: وإن كان الأخرس لا يكتب وكانت له إشارة تُعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز استحساناً، وفي القياس لا يقع شيء من ذلك بإشارته، لأنه لا يتبين بإشارته حروف منظومة، ولكن الاستحسان أن يقع فلو لم تجعل إشارته كعبارة الناطق أدى إلى أن يموت جوعاً[2].

وإليك نص المادة في زواج الأخرس.

المادة ١٠ ـ يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة.

ويلاحظ أن القانون لم يقيد هذا الحكم بالأخرس، بل أطلقه في كل عاجز عن النطق، فشمل معقل اللسان لمرض طارئ، أي الذي لا يكون خرسه أصلياً، والذي يذكره فقهاؤنا من أحكام معتقل اللسان يقتضي أن لا فائدة من زواجه، لأنهم قالوا إن معتقل اللسان تبقى تصرفاته موقوفة حتى الموت، فإن امتدت عقلته إلى الموت حكم بنفاذ تصرفاته، وقيل إن امتدت سنة، وهو قول ضعيف[3]، ومعنى ذلك أنه إذا عقد الزواج بإشارته لا يحكم بصحة عقده حتى يموت. وهذا في غاية الغرابة وفيه من الحرج ما لا يخفى. وقد لاحظه بعض المؤلفين المتأخرين[4]، والذي نراه أن يرجع إلى الطب في هذا الموضوع، فإن قطع بأنه لا يرجى شفاؤه حكم بصحة تصرفاته كلها ومنها الزواج وإن لم يستبن أمره ينتظر سنة فإن امتدت عقلته أكثر من ذلك كان من الواجب أن يعطى حكم الأخرس في كل شيء.

العقد بالتعاطي:

بقي بحث لم يعرض له القانون صراحة وإن كان قد تعرض له دلالة، وهو

---

(١) فتح القدير: ٣/٢٤٨.
(٢) المبسوط: ٦/١٤٤.
(٣) الأشباه والنظائر: ١٣٨.
(٤) ابن عابدين: ٢/٤٢٥.

أن عقد الزواج لا يخرج عن أن يكون باللفظ للقادر عليه، أو بالكتابة للغائب، أو بالإشارة للعاجز عن النطق، ولا ينعقد فيما عدا ذلك، فلا ينعقد «**بالتعاطي**» خلافاً لبقية العقود، ذلك لأن المعاوضات المالية يمكن أن يقوم فيها تسليم المبيع والثمن من الطرفين مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على رضاهما، وعقد الزواج لا يكفي فيه مجرد الرضا بالاستمتاع، بلْ لا بد أن يكون على أساس الحياة المشتركة المؤبدة، فتسليم الرجل المهر وتسليم المرأة نفسها لا يدلان على هذه الإرادة، بل يلتبس فيه الأمر بين أن يكون المال المدفوع أجراً على السفاح وبين أن يكون مهراً في العقد، كما يلتبس تسليم المرأة نفسها بين أن يكون على سبيل السفاح، أو على سبيل الزواج، وما دام كذلك فلا ينعقد بالتعاطي قولاً واحداً لدى الفقهاء[١].

(١) ابن عابدين: ٢/ ٢٧١.

شروط الزواج[1]

كل عقد لا بد فيه من أركان وشروط، وقد تقدم لنا البحث في أركان العقد، ونذكر الآن شروطه وهي تنقسم إلى أربعة أقسام:

١ ـ شروط انعقاد.

٢ ـ شروط صحة.

٣ ـ شروط نفاذ.

٤ ـ شروط لزوم.

وإليك القول الموجز في هذه الشروط وآثارها:

شروط الانعقاد:

هي أربعة كما ذكرها القانون:

١ ـ أن يتفق الإيجاب والقبول من كل وجه[2] كأن يقول: تزوجتك على مائة، فتقول: قبلت زواجك بما ذكرت. أما لو قالت: قبلت الزواج ورفضت المهر فلا ينعقد، وكذا لو قال: زوجتك بنتي (سلمى) على مهر قدره مائة، فقال الآخر: قبلت الزواج من بنتك (ليلى) على ما ذكرت فلا ينعقد الزواج، لاختلاف محل العقد، ولو قال: قبلت الزواج من بنتك سلمى على مهر قدره خمسون، لم ينعقد أيضاً لاختلاف قدر المهر، وقد ينعقد مع الاختلاف إذا كان خلافاً إلى خير،

(١) الشرط في اللغة يدل على معنى العلامة، وفي الاصطلاح هو كل قيد ربط به العقد عدماً لا وجوداً وهو خارج على ماهية العقد، وهذا القيد إن وضعه الشارع أطلق عليه «شرط العقد» وإن وضعه المتعاقدان أو أحدهما أطلق عليه (شرط في العقد) ويسمى الشرط الجعلي.

(٢) الفتاوى الهندية: ١/ ٢٦٩.

كأن يقول: زوجتك بنتي سلمى على مهر قدره خمسون، فيقول: قبلت زواجها بمائة. فإن العقد ينعقد حينئذ، لأن المخالفة هنا إلى خير، فهي تتضمن الموافقة على ما أوجبه ولي المرأة، مع الزيادة وهي لا تضر، إلا أنه لا يلزم الزوج إلا الأقل وهو خمسون، لأنه هو القدر الذي توارد عليه الإيجاب والقبول فإذا قبل الولي بالزيادة لزمت الزوج.

٢ ـ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول[١] وذلك في حالة حضور العاقدين ولا يضر طول المجلس إلا إذا فصل بما يعتبر قطعاً للحديث وانصرافاً عنه، فإذا قال الرجل: تزوجتك على مهر قدره مائة، وأخذت المرأة تتحدث معه عن المهر ومقداره، واستمر الحديث بينهما ساعات حول هذا الموضوع ثم قبلت الزوجة بما كان من المهر، كان هذا مجلساً واحداً ولو طال، فالفورية في القبول ليس شرطاً وفي ذلك خلاف مع الشافعي رحمه الله، حيث يشترط أن يأتي القبول بعد الإيجاب فوراً.

وبناء على ما ذكرناه من اتحاد المجلس جاز العقد على سفينة ولو طال أمد العقد ما داما في مجلس واحد، بخلاف ما إذا عقدا وهما يمشيان أو راكبان على دابة وهي تسير، وفصل بين الإيجاب والقبول سكوت قصير فلا يصح، لأن المشي وسير الدابة يجعلان المجلس متعدداً بتعدد الخطوات، وهما قادران على إيقاف المشي والسير بخلاف السفينة والطائرة والقطار. فإنهما لا يستطيعان إيقافها فاعتبر المجلس فيها مجلساً واحداً وإن طال[٢].

وإذا تعدد المجلس بأن وقع الإيجاب في مجلس ولم يتفقا، ثم وقع القبول في مجلس آخر، فإن الزواج لا ينعقد إجماعاً لاختلاف المجلس، هذا كله عند حضور العاقدين، أما إذا كان العقد مكاتبة في حال غياب أحدهما، فإن القبول يجب أن يتم عند وصول الرسالة من الموجب، ولو تأخر وصولها عن وقت كتابتها أياماً وشهوراً.

٣ ـ أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه، والمراد بالفهم فهم المقصود جملة، لا فهم المفردات والتراكيب، فحسب الرجل والمرأة أن يفهم كل منهما أن الكلام يدور حول عقد الزواج وأن أحدهما يطلب والآخر يقبل.

---

(١) البدائع: ٢/ ٢٣٢.
(٢) البدائع: ٥/ ١٣٧.

٤ ـ أن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب، بأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر، فإن القبول بعد ذلك لا يعتبر، والإعراض من قبل الموجب قبل أن يقبل القابل، مثل الرجوع، فإذا وقع القبول بعد إعراض الموجب عن الحديث لم ينعقد الزواج، وكذلك إذا بطلت أهلية الموجب قبل القبول بأن كان عاقلاً عند الإيجاب ثم جن قبل أن يقع القبول.

هذه هي شروط الانعقاد التي لو فقد منها شرط لا يعتبر الشارع العقد موجوداً. وإلى هذه الشروط أشارت المادة التالية:

المادة ١١ ـ:

١ ـ يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد، وأن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر، وفاهماً أن المقصود الزواج، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب.

٢ ـ ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب، وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين.

وبقي من شروط الانعقاد شرطان في العاقدين لم يذكرهما القانون هنا، وإن كان قد ذكر أحدهما في فصل الأهلية، وذكر الآخر ضمناً في الباب الثالث (أنواع الزواج).

أما الشرطان فهما:

١ ـ أن يكون كل من العاقدين أصالة أو وكالة أو ولاية ممن تحققت فيه الأهلية الكاملة لعقد الزواج، وقد اقتصر القانون في الفصل الثاني على شرطين: وهما العقل والبلوغ، فلا يصح عقد الزواج من مجنون ولا صبي غير بالغ، أما المجنون ففيه اتفاق الفقهاء قاطبة، وأما الصبي غير البالغ فقد أخذ فيه القانون برأي ابن شبرمة والبتّي، خلافاً لجمهور العلماء، وسنذكر ذلك في موضعه إن شاء الله.

٢ ـ أن يكون الزوج مسلماً، بالنسبة إلى المسلمة، فلا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم، بل هو عقد باطل لا تترتب عليه آثار العقد مطلقاً لا قبل الدخول ولا بعده، وسيأتي تفصيل القول في ذلك عند الكلام على أنواع الزواج إن شاء الله.

هذان شرطان لا بد من ملاحظتهما عند بحث شروط الانعقاد، وكان من

الواجب أن يذكرا هنا، لا أن يوزعا توزيعاً متناثراً في الفصول التالية كما فعل القانون.

شروط الصحة:

يذكر الفقهاء لصحة العقد شرطين اثنين:

١ ـ أن تكون المرأة محلاً صالحاً للزواج، بأن لا يكون فيها سبب من أسباب التحريم المؤبدة أو المؤقتة، ولم يذكر القانون هذا الشرط هنا، وإنما اكتفى بذكر الموانع في «الفصل الخامس: المحارم من النساء». وهذا قصور كان من المستحسن أن لا يقع، وسنبحث هذا الشرط في موضعه هناك.

٢ ـ الشهادة على عقد الزواج، وهذا ما ذكره القانون في المادة التالية:

المادة ١٢ ـ يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما.

وإليك موجز القول في الشهادة وشروط الشاهدين واختلاف العلماء في ذلك:

الشهادة في عقد الزواج:

ليس الرضا وحده كافياً في نظر الشرع لصحة العقد، بل لا بد من إخراج النكاح عن حدود السرية حتى لا يلتبس بالزنى، ولا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة أو سوء ظن. وأيضاً فإن الزواج تنشأ عنه حقوق لكل من الزوج على زوجته، والزوجة على زوجها، من وجوب الطاعة، ولزوم النفقة، وثبوت النسب، ولا يمكن أن نثبت هذه الحقوق إذا لم يكن العقد معلناً معروفاً.

اتفاق الشرائع:

ولذلك اتفقت الشرائع كلها على وجوب اعلان النكاح واشهاره، وإن اختلفت طرق هذا الإعلان والإشهار في شريعة دون أخرى.

في الشرع اليهودي:

لقد نصت كتب الشريعة اليهودية على أنه يجب تسمية الصداق كتابة بحضرة شاهدين، في ورقة تكتب باللغة العبرية، يوقع عليها الشاهدان، يبدأ فيها بتاريخ

عقد الزواج واسم مكان كتابتها، وينبغي تسليمها للزوجة في يدها قبل الشروع في أي احتفال من الاحتفالات المعتادة، ويطلب من الزوجين حفظ هذه الورقة ما دامت الزوجية قائمة، وإذا ضاعت وجب عليهما تجديدها في الحال، وإلا كانت زوجيتهما بمنزلة إزدواج الأخدان[1].

في الشرع المسيحي:

وتقضي التعاليم المسيحية إجراء عقد الزواج بحضور الكاهن وهو الذي يباشر العقد ويباركه.

في الشريعة الإسلامية:

ذهب الأئمة الثلاثة: أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى اشتراط الشهود وإن اختلفوا في أوصاف الشهود.

وقال مالك: لا يشترط الإشهاد بل يكفي الإشهار والعلنية.

دليل الجمهور:

استدل الجمهور لمذهبهم من السنة والمعقول. .

ـ أما السنة، فقوله عليه الصلاة والسلام: **«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»**[2].

ـ وعن عائشة، عنه عليه الصلاة والسلام: **«لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدان»**[3].

ـ وعن ابن عباس، عنه عليه الصلاة والسلام: **«البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير شهود»**[4].

ـ وأما المعقول، فلأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد، فاشترطت فيه الشهادة لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه.

---

(١) المقارنات والمقابلات: ٣٨٠.
(٢) رواه الإمام أحمد والدارقطني.
(٣) رواه الدارقطني.
(٤) رواه الترمذي بلفظ (بينة) بدلاً من (شهود).

دليل مالك:

واستدل مالك لما ذهب إليه من الاكتفاء بالإشهار والعلنية دون اشتراط الإشهاد بما يلي:

أولاً: أنه لم يصح في الشاهدين حديث، وكل الأحاديث في ذلك ضعيفة ومعلّة.

ثانياً: أن النبي ﷺ أعتق صفية بنت حيي فتزوجها بغير شهود... قال أنس بن مالك: فقال الناس: ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ، أم جعلها أم ولد.. فلما أراد أن يركب حجبها، فعلموا أنه تزوجها[1]. فأنت ترى أنهم استدلوا على تزويجها بالحجاب.

ثالثاً: أن عدداً من الصحابة زوجوا بغير شهود، فقد روي أن ابن عمر زوج من غير شهود، وكذلك فعل الحسن، وابن الزبير، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر[2].

جواب الجمهور:

وأجاب الجمهور على أدلة مالك بما يلي:

أولاً: إن الأحاديث التي استشهدنا بها وإن كانت ضعيفة، إلا أنها في تعدد طرقها تفيد القوة، ومن القواعد المعروفة في علم الحديث، أن الضعيف ينجبر بمثله وقد ينتقل إلى درجة الحسن.

ثانياً: إن اشتهار العمل بها يعطيها القوة. وإن لم تكن قوية في طريق الإسناد، فإن جمهور الصحابة والتابعين وجماهير المسلمين حتى الآن لا يجرون عقود النكاح من غير شهود، أما ما ذكره مالك من فعل بعض الصحابة، فهذا لو صح لا ينهض دليلاً على ما تواتر فعله من جماهير الصحابة فمن بعدهم، والحجة في عمل الأعم الأغلب لا في القليل النادر.

ثالثاً: إن عمل النبي ﷺ في زواجه من صفية، لو ثبت لكان خاصة له، وللنبي ﷺ من الخصائص شيء كثير، وأيضاً فإن الحكمة من إشهاد الزواج دفع

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) المغني: ٧/ ٣٣٩.

التهمة وإثبات الحقوق، وهذا لا يتأتى بالنسبة إليه ﷺ، فلا يظن به أحد سوءاً، ولا يتخلى عن حق وواجب، وهو المثل الإنساني الكامل، فلا يرد عليه ما يرد على بقية الناس.

والخلاصة، إن الإجماع منعقد كما رأيت على إخراج النكاح من حدود السرية إلى العلنية، ولكن الأئمة الثلاثة يرون ذلك عن طريق الإشهاد فحسب، ويرى مالك أنه يكون عن طريق الاشتهار والإعلان ولو لم يكن عن طريق الإشهاد، حتى لو شهد العقد اثنان واشترط عليهما السرية وعدم إعلان النكاح لم يكن جائزاً، فهو كما ترى أكثر تشدداً في اشتراط إعلان العقد من الأئمة الآخرين.

مبحث أصولي:

وهنا يبدو لنا موقف الحنفية حرجاً بالنسبة إلى مبادئهم الأصولية، فمن المعروف أن الكتاب لا يخصص بخبر الآحاد ولا تجوز الزيادة عليه بخبر الآحاد أيضاً، وهنا حين اشترطوا الشهادة لعقد النكاح قد زادوا على الكتاب أو خصصوه فالذي جاء في القرآن الكريم مثل قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾ عام من غير اشتراط شيء، فإذا اشترط الحنفية لصحة النكاح الإشهاد بناء على الأحاديث الواردة، فقد زادوا على نص الكتاب، أو خصصوه بخبر الواحد، فكيف إذا كانت أحاديث الآحاد غير قوية كما ذكر مالك في استدلاله..؟

ويمكن الجواب عن الحنفية بما يلي:

أولاً: إن المجتهد يجب عليه أن يعمل بالحديث إذا صح عنده، ولو لم يصح عند مجتهد آخر، وأحاديث الإشهاد في عقد النكاح قد صحت عند أبي حنيفة وغيره وإن لم تستوف شرائط الصحة عند المحدثين، وكم من حديث صح عند الأئمة ولم يصح عند غيرهم، وبالعكس، خصوصاً والإمام أبو حنيفة قريب عهد بالنبوة، فمعرفته برجال الحديث أصدق وأوثق، ووصول الحديث إليه عن طريق صحيح، أقرب من وصوله إلى من بعده من المحدثين لقلة الكذب في العصر الأول وانتشاره في العصور التالية، وأحاديث الإشهاد مشهورة بين أيدي الناس، جرى العمل عليها منذ عهد النبوة فما بعده، وتخصيص الكتاب بالحديث المشهور جائز عند الحنفية.

ثانياً: إن نص القرآن قد خص منه المحرمات كالأم والأخت والبنت كما

خص منه المشركات الوثنيات، ومتى خصص نص الكتاب جاز بعد ذلك تخصيصه بخبر الآحاد عند أبي حنيفة، ولهذا نظائر كثيرة في الفقه الحنفي.

هذا ويتعلق بمبحث الإشهاد بحثان تكميليان، العدد في الشهادة، والعدالة في الشهود.

العدد في الشهادة:

أما العدد في الشهادة فالجمهور على أنه لا بد أن يكون الشهود اثنين فأكثر، ولا يكتفي بشاهد واحد، للأحاديث الواردة في ذلك، ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: **«لا نكاح إلا بشهود»** وقوله: **«لا نكاح إلا بشاهدي»** وقوله: **«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل»**.

هل يكتفى بشهادة رجل وامرأتين؟

قال الشافعي[١]: لا بد في الشهود من صفة الذكورة، فلا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين بخلاف الشهادة في الأموال، فإن النكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً، فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً[٢]: ويؤكده قول الزهري: مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق[٣].

وبمثل قول الشافعي قال مالك وأحمد في أصح الروايات[٤].

وقال أبو حنيفة وأصحابه: تجوز شهادة رجل وامرأتين في عقد الزواج قياساً على الشهادة في الأموال، لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها، وإنما لم تجز شهادتها في الحدود لأنها تدرأ بالشبهات، وشهادة النساء لا تخلو من الشبهة لما فيها من احتمال النسيان والغفلة وعدم التثبت.

ومجمل القول أن الشافعي ومن وافقه يجعل قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢] خاصاً بالشهادة في الأموال وتوابعها، أما في النكاح والطلاق فهي كالحدود والقصاص لا تقبل فيها إلا شهادة

---

(١) نهاية المحتاج: ٦/٢١٣.
(٢) فتح القدير: ٦/٤٥٢.
(٣) المغني: ٧/٣٤١.
(٤) المغني: ٧/٣٤١.

الرجال، وأبو حنيفة وأصحابه لا يقبلون شهادة النساء في الحدود والقصاص فقط، ويجيزون شهادتهن مع الرجال فيما عدا ذلك[١].

الشروط المطلوبة في الشهود

هنالك شروط متفق عليها، وشروط مختلف فيها

فأما المتفق عليها بين جميع الفقهاء فهي:

١ ـ العقل، فلا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج، لأنه عقد ذو خطر فالاقتصار فيه على حضور المجانين استخفاف بشأنه يتنافى مع الحكمة من الإشهاد.

٢ ـ البلوغ، فلا تصح شهادة الصبي على عقد الزواج لخطورته أيضاً.

ـ وأما المختلف عليها بين الفقهاء[٢] فهي:

١ ـ **الحرية** ـ فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى وجوب أن يكون الشاهد حراً لخطورة عقد الزواج، فلا يصح أن يقتصر حضوره على العبيد، ولأن العبد لا ولاية له على نفسه، فأحرى أن لا تكون له ولاية على غيره، والشهادة من قبيل الولايات.

وذهب أحمد إلى جواز شهادة العبد في عقد الزواج[٣] واستبعد القول بنفي شهادته لأنه لم يثبت في نفيها دليل من كتاب أو سنة أو إجماع. وقد حكي عن أنس بن مالك أنه قال: ما علمت أحداً رد شهادة العبد، والله يقبلها على الأمم يوم القيامة، فكيف لا تقبل هنا؟ وتقبل روايته في الحديث عن النبي ﷺ إذا كان عدلاً ثقة، فكيف لا تقبل فيما دون ذلك؟[٤].

والخلاف هنا بين الإمام أحمد ومخالفيه فرع عن الخلاف في قبول شهادة العبد مطلقاً في المعاملات وغيرها[٥].

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٧٩.

(٢) مبعث الخلاف بين الحنفية وغيرهم في الشروط التالية: هل الشهادة لإعلان العقد وإخراجه من السرية وإظهار خطره فحسب؟ أم هي لصيانة العقد من الجحود والإنكار حتى تسمع شهادة الشاهدين في القضاء؟ بالأول قال الحنفية وبالثاني قال الشافعية.

(٣) المغني: ٧/ ٣٤٢.

(٤) فتح القدير: ٣/ ١١٢.

(٥) المغني: ٧/ ٣٤٢.

والحق أن ما ذهب إليه الإمام أحمد يتفق مع قواعد الشريعة العامة، وأن العبد إذا كان ثقة مأموناً تقبل شهادته، لأن المدار في قبول الشهادة ورفضها على الثقة بخبر الشاهد، فإذا كان عدلاً موثوقاً أدى ذلك إلى الثقة بشهادته فتبنى الأحكام عليها.

٢ ـ **العدالة** ـ أي أن يكون غير ظاهر الفسق والمجون، بأن يكون مستور الحال، قال الشافعي ـ وهي إحدى الروايات عن أحمد ـ: أنها شرط، فلا ينعقد النكاح بشهادة الفاسق المجاهر بفسقه للحديث الذي ذكرناه: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**»[١] ولأن الشهادة من قبيل الكرامة. إذ في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على غيره إكرام له، والفاسق ليس أهلاً للكرامة. فكيف في عقد خطير الأثر كعقد الزواج؟[٢] ولأن الشهادة قد تلزم عند الجحود، وشهادة الفاسق لا تقبل باتفاق العلماء، حتى لو تقدم فاسقان للشهادة في إثبات عقد الزواج لدى القضاء لا تقبل شهادتهما فيه قولاً واحداً، فكيف يقبل حضورهما عند العقد[٣].

وقال أبو حنيفة، وهي إحدى الروايات عن أحمد أيضاً، وإليه ذهب الإمامية[٤]: إن العدالة ليست بشرط فيصح حضور الفاسق وينعقد بشهادته مع آخر، لأن الفاسق له ولاية على نفسه، فله أن يزوج نفسه، وأن يقر بما يتعلق به من القتل والدين وغيره، ومن كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة في عقد الزواج[٥] ولأن الفاسق يصح أن يلي الإمامة الكبرى، ويتقلد الوظائف العامة، فأحرى أن يصح للولاية الصغرى، والضرر والنفع فيها أقل[٦].

٣ ـ **الإسلام**: وقد اتفق العلماء على أن إسلام الشاهدين شرط في العقد إذا كان الزوجان مسلمين، لأن لهذا اعتباراً دينياً، فلا بد من أن يشهد خطره من يدين بدين الزوجين.

أما إذا كان الزوجان كتابيين، فتقبل شهادة الكتابيين عند الحنفية، خلافاً

---

(١) رواه أحمد والدارقطني وابن حبان.

(٢) فتح القدير: ٣/ ١١٢. (٣) المغني: ٧/ ٣٤١.

(٤) الأحكام الجعفرية: مادة ٧، وذلك لأن الشهادة عندهم ليست شرطاً لصحة العقد، بل هي مندوب إليها، فيصح من غير الشاهدين مطلقاً، فأولى أن يصح بالفاسقين.

(٥) فتح القدير: ٣/ ١١٢. (٦) فتح القدير: ٣/ ١٢٣.

للشافعية، واختلفوا فيما إذا كان الزوج مسلماً، والزوجة كتابية، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جواز شهادة الكتابي في مثل هذا العقد. لأن هذه شهادة على المرأة بأنها غدت زوجة للرجل، وشهادة الكتابي على الكتابي جائزة[١]، وذهب محمد والشافعي وأحمد إلى عدم جواز ذلك، لأن الزوج مسلم، فلا بد من معرفة ذلك من أوساط المسلمين الذين يعيش بينهم دفعاً لتهمة السوء، وذلك يوجب أن يكون الشاهدان مسلمين.

٣ ـ **البصر**: ذهب الجمهور إلى عدم اشتراط البصر في الشهادة، فتجوز شهادة الأعمى إذا كان بحيث يسمع كلام المتعاقدين، ويميز صوتهما على وجه لا يشك فيه، لأن هذه شهادة على القول، فتصح كما تصح في المعاملات، وفي قول للشافعية ولبعض فقهاء الحنفية أنه لا تجوز شهادة الأعمى. لأنه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، كما لا تمكنه الإشارة إليهما فلا يكون كلامه شهادة؛ ولا ينعقد الزواج بحضوره، وللجمهور أن يردوا ذلك بما ذكروه من تقييد جواز شهادة الأعمى بما إذا كان يمكنه التمييز بين الأصوات على وجه لا يشك فيه. وهذا يكفي لجواز شهادته[٢].

٥ ـ **سماع كلام المتعاقدين**: والجمهور على اشتراط ذلك، فلا ينعقد بشهادة أصمين ولا نائمين، لأن الغرض من الشهادة لا يتحقق بأمثالهما، وعقد الزواج عقد خطير الأثر، وليس مما يتناسب مع خطورته أن لا يحضره إلا الصم الخرس أو النائمون. وذهب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط السماع وهو خطأ واضح، وقد أبعد هؤلاء عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من اشتراط الشهادة في عقد الزواج[٣].

٦ ـ **فهم كلام المتعاقدين**: وهذ ما ذهب إليه الجمهور أيضاً، فلا يجوز بشهادة غير عربيين في عقد باللغة العربية، لأن الحكمة من الشهادة فهم ما يدور في العقد من كلام، حتى يمكن بعد ذلك أداء الشهادة عند الاختلاف، وذهب بعض الفقهاء إلى جواز ذلك، وهو خلاف الحق والفقه[٤].

تلك هي الشروط المتفق عليها والمختلف فيها، بالنسبة إلى شهود عقد الزواج، ولا بد من الإشارة إلى نقطتين تتعلقان بمباحث الشهادة:

---

(١) فتح القدير: ٣/ ١١٣.
(٢) البحر وحاشيته: ٣/ ٩٦: ٧/ ٣٤٢.
(٣) الفتح ٣/ ١١٤.
(٤) فتاوى قاضيخان: ١/ ٣٣٢.

أ ـ أن الحنفية يقبلون في الشاهدين أن يكونا من فروع العاقدين أو أصولهما. فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنيه من غير الزوجة المعقود عليها، أو بشهادة ابنيها من غيره. وكذلك يجوز ـ في المعتمد عندهم ـ أن يتزوجها بشهادة ابنيه منها[١].

وكان مقتضى القواعد العامة في الشهادات أن لا تقبل شهادة الفروع والأصول في عقد الزواج، ولكن الشهادة ـ عند الحنفية ـ في عقد الزواج ليست لإثبات العقد عند الجحود والاختلاف، بل لإخراجه من السرية إلى العلنية، ولإظهار خطره والاعتناء به، ولهذا يصح العقد بحضور من لا تقبل شهادتهم عند الجحود كالفاسق والأعمى[٢]، ومن ثم جاز بشهادة الفروع أو الأصول.

ب ـ يذكر بعض فقهاء الحنفية ضابطاً لمن تقبل شهادته في الزواج ومن لا تقبل، وقد جعل بعضهم هذا الضابط هو: كل من صلح أن يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهداً فيه وإلا فلا، كما أن بعضهم ينقل عن أبي يوسف ضابطاً آخر وهو: كل من جاز الحكم بشهادته في قول بعض الفقهاء ينعقد النكاح بحضوره. ومن لا يجوز الحكم بشهادته عند أحد لا ينعقد بحضوره[٣] وكلا الضابطين صحيحين تتفرع عنهما جميع مسائل الشهادة في عقد الزواج عند الحنفية.

موقف القانون:

هذا وقد أخذ القانون بمذهب الحنفية ومن وافقهم في شروط الشهادة فقال:

المادة ١٢ ـ يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما.

ولا بد من أن نلاحظ أن التقييد بكون الشاهدين مسلمين إنما هو في عقد الزواج بين المسلمين. أما بين الكتابيين فتصبح بشهادة شاهدين من أهل ملتهم. وكان من الواجب هذا الإيضاح، لولا أن آخر مادة في القانون وهي المادة «٢٠٨» تجعل الأحكام الواردة في هذا القانون المتعلقة بالخطبة وشروط الزواج وعقده، والقضايا الأخرى التي نصت عليها المادة المذكورة، خاصة بالمسلمين فحسب.

---

(١) فتاوى قاضيخان: ١/٣٣.

(٢) البدائع: ٢٢/٢٥٥.

(٣) البدائع: ٢/٢٥٣.

العقد المضاف والمعلق

ذهب الجمهور إلى أن عقد الزواج يجب أن يكون منجزاً غير مضاف إلى المستقبل ولا معلق على شرط غير متحقق عند وجود العقد، لأن عقد الزواج عقد تترتب آثاره فور إنشائه. فلا تتراخى عن وجود ركنه وهو الإيجاب والقبول[1].

فأما المضاف إلى المستقبل، فهو أن يقول لها تزوجتك في الربيع القادم أو بعد أسبوع مثلاً، فهذا غير جائز ولا ينعقد به الزواج، لأنه لا يخرج عن أن يكون وعداً بالزواج حين يحين الوقت المذكور. والوعد بالزواج لا يكون زواجاً كما قدمنا.

وأما التعليق على الشرط بإحدى صيغ التعليق، كإذا، وإن وأشباههما، فإن كان الشرط المعلق متحقق الوجود في الحال صح العقد، كأن يقول لها: تزوجتك إن كنت نجحت في الامتحان، وكانت في الواقع ناجحة، وكذا أن يقول لها: تزوجتك إن كان عمرك سبعة عشر عاماً، وكانت في الواقع كذلك. وإنما صح تعليق العقد بالشرط هنا، لأنه تعليق في الظاهر فقط، وتنجيز في الحقيقة ما دام الشرط موجوداً عند العقد، وألحقوا بذلك ما إذا قالت له: تزوجتك إن رضي أبي، وكان أبوها موجوداً في المجلس فقال: رضيت، صح العقد[2] لوجود الشرط في مجلس العقد فكأنه تحقق قبله.

وإن كان الشرط غير متحقق الوجود في الحال، لا يصح العقد، سواء كان الشرط متحقق الوجود في المستقبل كقوله: تزوجتك إذا جاء الربيع، أو كان محتمل الوجود كقوله: تزوجتك إن جاء أبي من السفر، وإنما لم يصح لأن ذلك يقتضي تأخير أحكام العقد إلى وجود الشرط، مع أن مقتضى صيغة العقد أن تتم آثاره فوراً، وأيضاً فإن الزواج عقد خطير الأثر فلا يصح أن يجعل على خطر التنفيذ أو عدمه.

---

(١) فتح القدير ٣/ ١١٠.

(٢) البحر الرائق: ٣/ ٨٤.

هذا مذهب الجمهور وقد روي عن الإمام أحمد أنه يجوز تعليق العقد بالشرط، قال ابن الجوزية: «ونص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح»[1] والمشهور في فقه الحنابلة يتفق مع قول الجمهور[2].

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور فقال:

المادة ١٣ ـ لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل، ولا المعلق على شرط غير متحقق.

---

(١) اعلام الموقعين: ٣/ ٣٣٨.

(٢) المغني: ٧/ ٤٣٢.

الشروط في عقد الزواج

تمهيد

الشروط في عقود المعاملات:

الأصل في العقود أن يباشرها العاقدان لتحقيق مصلحة لهما، إما «نوعية» وهي المصلحة التي تترتب على العقود من نوع واحد، كملك المبيع في البيع؛ وملك المنفعة في الإجارة، وإما «خاصة» وهي ما تتطلبها المصلحة الشخصية للعاقد، ولذلك أبيح في العقود إدخال الشرط عليها لتحقيق المصالح وتيسير المنافع، غير أن الحد الذي تقف عنده حرية الاشتراط في العقود مختلف في المذاهب الفقهية:

فعند الحنفية والشافعية وجمهور المالكية أن الشروط التي يصح أن تشترط في العقد ـ مطلقاً ـ هي التي تتفق مع نظام العقد في الشريعة، عملاً بقوله ﷺ: **«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»**[1]، أي ما يخالف قواعد الشريعة المستفادة من أدلتها، والمراد بالكتاب الشريعة أعم من أن تكون كتاباً أو سنة كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَـٰبًا مَّوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣] أي شريعة مفروضة.

ويرى الحنابلة وبعض المالكية أن للمتعاقدين حرية اشتراط ما يشاءان من الشروط التي تتحقق فيها مصلحة كل واحد منهما، ما دام ذلك ضمن المبادئ العامة للشريعة، عملاً بقوله ﷺ: **«المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»**[2].

وهذا الاختلاف بين المذاهب في مدى حرية المتعاقدين، ترك آثاراً بعيدة

---

(١) رواه البخاري.

(٢) رواه الترمذي.

المدى في الفقه الإسلامي، بحيث وقفت المذاهب الحنفية والشافعية والمالكية موقف التضييق في إعطاء هذه الحرية، بينما فسح المذهب الحنبلي ومعه بعض فقهاء المذاهب الأخرى المجال واسعاً أمام المتعاقدين لاشتراط ما يشاؤون ضمن النظام العام للشريعة. وليس بحث هذه النظرية وشرحها من أبحاث كتابنا هذا[١]، وإنما اضطررنا إلى هذا التمهيد الموجز، لمعرفة موقف المذاهب الإسلامية من الشروط في عقد الزواج، ومن أي مذهب استمد القانون أحكامه؛ وكان من الممكن الاكتفاء بالإحالة إلى هذا البحث في مراجعه الفقهية، لولا أن القانون قد سلك مسلكاً قريباً من مذهب أحمد بن حنبل، ولولا أن الشريعة تميل إلى التضييق في حرية الاشتراط في عقود الزواج، لأنه أكثر التصاقاً بالنظام العام من سائر العقود في نظر الشريعة والقوانين الحديثة.

في عقود الزواج:

يسير كل مذهب من المذاهب الفقهية في الاشتراط في عقود الزواج وفق مبادئها العامة في الاشتراط في العقود؛ مع شيء من التفصيل الذي نورده هنا.

في المذهب الشافعي:

يرى الشافعية أن الشروط التي تجوز في عقد الزواج هي التي تكون من مقتضياته ومقاصده، كاشتراط العشرة بالمعروف، والإنفاق عليها وكسوتها وسكناها، وأن لا يقصر في شيء من حقوقها[٢] وأما الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تتفق مع نظامه، فهي شروط باطلة، والعقد صحيح، كما إذا اشترطت في العقد أن لا يسافر بها من بلدها، أو لا يتزوج عليها، أو أن تخرج من البيت متى شاءت، فالعقد صحيح، وهذه الشروط غير معتبرة. وللزوج أن يسافر بها من بلدها أو يتزوج عليها أو يمنعها من الخروج إلا بإذنه[٣].

في المذهب الحنفي:

ويرى الحنفية أن الشروط الفاسدة في المعاملات ـ وهي التي لا يقتضيها

---

(١) ممن كتب في شرح هذه النظرية شرحاً مستفيضاً ممتعاً، الأستاذ مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام: ٣٣٢ ـ ٣٦١ والأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه ابن حنبل ٣٣٢ ـ ٣٤٢.

(٢) النووي في شرح مسلم: ٩/ ٢٠٢. (٣) الشافعي في الأم: ٥/ ٦٥.

العقد ولا تلائمه، ولم يرد نص خاص بجوازها، وليست مما يقتضيه العرف، وفيها منفعة لأحد المتعاقدين - لا تفسد عقد الزواج، بل يكون العقد صحيحاً، وتكون هي شروطاً ملغاة.

ويلاحظ من الفروع التي يذكرها فقهاء الحنفية في هذا الصدد[1] أنهم ينظرون إلى الشروط الفاسدة في عقد الزواج غير النظرة التي ينظرون بها إلى الشروط الفاسدة في البيوع مثلاً. فهي في البيوع تفسد البيع، وتجعل الملك فيه بالقبض ملكاً خبيثاً، وتجوز الحسبة في المطالبة بفسخه، بينما هي في عقد الزواج لا تفسده، بل تعتبر لغواً لا عمل لها، وإنما سميت بالفاسدة تمييزاً لها عن الشروط الصحيحة، لا لإعطائها حكم الشروط الفاسدة في المعاوضات المالية.

كما يلاحظ أن الشروط الفاسدة عندهم في عقد الزواج، تنقسم من حيث الوفاء بها أو عدمه إلى ثلاثة أقسام:

١ - قسم لا يجوز الوفاء به، وهي الشروط التي تخالف نظام الزواج، كاشتراط أن لا ينفق عليها، أو أن لا ترثه أو أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج، أو أن يسمح لها بالخروج ومعاشرة الرجال كما تشاء.

٢ - قسم لا مانع من الوفاء به، بل هو مطلوب شرعاً، كاشتراط أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، وذلك لأنه عهد وعقد، والله قد أمر بالوفاء بالعهود والمواثيق.

٣ - قسم يكره الوفاء به، كاشتراط طلاق ضرتها، وقد ورد فيه النهي الصريح في قوله ﷺ: **«لا يحل لامرأة تسأل طلاق ضرتها»**[2] وفي رواية أخرى: **«لا يحل أن تنكح بطلاق أخرى»**[3].

بقي أن نعلم حكم ما إذا اشترطت أن يكون لها حق تطليق نفسها، ما هو حكم هذا الشرط في مذهب الحنفية؟ لقد كان مقتضى ما ذكروه من إلغاء الشروط الفاسدة أن يكون هذا الشرط لغواً، لأنه ينطبق عليه تعريف الشرط الفاسد، إلا أنهم أجازوا هذا الشرط وأعطوها حق تطليق نفسها متى شاءت[4] لأنه في الحقيقة

---

(١) انظر فتح القدير: ٣/ ٢٣٢، وابن عابدين ٢/ ٤٥٢، وفتاوى قاضيخان ١/ ٣٢٩.
(٢) رواه البخاري ومسلم. (٣) رواه الإمام أحمد.
(٤) فتاوى قاضيخان: ١/ ٣٢٩.

تمليك من الزوج للزوجة حقاً يملكه بعد العقد في كل وقت، فله أن يفوضها ـ بعد العقد ـ بالطلاق متى شاءت، فليس ذكر ذلك في العقد من قبيل الشروط، وإنما هو تعجيل لتفويضها بالتطليق حين تريد.

مذهب المالكية:

ومذهب المالكية لا يختلف عن الشافعية والحنفية في إلغاء الشروط التي لا يقتضيها العقد، وإن كان لهم في ذلك تفصيل نوجزه فيما يلي:

ـ فإن كان الشرط الذي لا يقتضيه العقد مما لا يؤثر في جهالة المهر ولا يغير مقتضى العقد، صح العقد، ولغا الشرط، مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها، ويستحسن أن يفي بالشرط ديانة، لأن الوفاء بالعهود من مكارم الأخلاق.

ـ وإن كان الشرط يغير بعض ما يقتضي العقد، كاشتراط الخيار فيه[١] أو يؤثر في جهالة المهر كأن يتزوجها على أن لها من النفقة كذا كل شهر[٢] فهذا يفسخ العقد قبل الدخول، ولا يفسخه بعده والشرط باطل.

والشروط عامة مكروهة عند مالك رحمه الله، وقد جاء عنه أنه نهى الناس أن يتزوجوا بالشروط، وكتب بذلك كتاباً وصيح به في الأسواق[٣].

مذهب الحنابلة:

ومذهب الحنابلة يتفق مع مذهبهم في حرية الاشتراط في العقود العامة، ولذلك فهم يقسمون الشروط في عقد الزواج إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ شروط تنافي مقتضى العقد ونظامه في الشريعة الإسلامية، كأن يشترط أن لا مهر لها، أو لا ينفق عليها، أو أن تنفق عليه، فهذه شروط باطلة لا يصح الوفاء بها، والعقد صحيح.

٢ ـ شروط تبطل العقد من أصله، كالتأقيت إلى مدة معينة ـ وهو نكاح

---

(١) اشتراط الخيار هو أن يعقدا العقد على أن لهما أو لأحدهما حق العدول عنه بعد مدة معينة. ومذهب الحنفية أن شرط الخيار باطل والعقد صحيح، فتح القدير: ٣/ ١١٠.

(٢) في هذا جهالة للمهر، لأنه لا يدري إلى متى تستمر هذه النفقة.

(٣) انظر إلى بحث الشروط عند المالكية في شرح الباجي على الموطأ: ٣/ ٢٩١ ـ ٢٩٩.

المتعة ـ أو أن يطلقها في وقت معين، أو يعلقه على شرط كقوله: «تزوجتك إن رضيت أمي» أو يشترط الخيار في العقد له أو لها[١]، فهذه شروط باطلة تؤثر في إبطال العقد[٢].

٣ ـ شروط لا تنافي العقد ومبادئ الشريعة، ولكن يعود إلى الزوجة نفعها وفائدتها، مثل أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها، فهذه شروط صحيحة يلزم الزوج الوفاء بها فإن لم يفعل فإن للزوجة فسخ النكاح، واختلف الحنابلة في اشتراط طلاق ضرتها، فذهب بعضهم إلى أن المذهب بطلان هذا الشرط وعدم لزوم الوفاء به[٣]، وذهب آخرون إلى جوازه في المذهب[٤].

مذهب الشيعة الإمامية:

ويرى الشيعة الإمامية أن النكاح المقرون بالشرط الفاسد، لا يبطل النكاح بل يبطل الشرط فحسب، كما إذا اشترط في العقد عدم المهر أو أن لا يتزوج عليها أو لا يطلقها، أو لا يمنعها من الخروج متى تشاء، أو يكون حل عقدة الزواج بيدها، أو لا يرثها إن ماتت قبله. إلى غير ذلك مما ينافي العقد، فالشرط فاسد والعقد صحيح[٥] وإن اشترطت عليه شرطاً صحيحاً. كأن لا يخرجها من بلدها. أو أن يسكنها منزلاً معيناً صح العقد والشرط، ولزمه الوفاء، فإن لم يفعل فليس لها فسخ العقد، ولكنها لو امتنعت عن طاعته يحكم لها بالنفقة لأنها تمتنع بحق شرعي[٦].

مواطن الإجماع والخلاف:

مما تقدم يتضح لنا أنهم أجمعوا على بطلان الشروط التي تخالف مقتضى العقد ونظامه، وعلى عدم جواز الوفاء بها، واختلفوا في الشروط التي لا تخالف مقتضى العقد ولا تنافي نظامه الشرعي، فالجمهور على بطلان هذه الشروط،

---

(١) يدعي ابن القيم أن مذهب أحمد جواز اشتراط الخيار في عقد الزواج. ولكن مؤلفي الحنابلة على خلافه.

(٢) المغني ٨/٤٤٨ ـ ٤٥٢. (٣) المغني: ٧/٤٤٩.

(٤) الفروع.

(٥) الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية: مادة ١٢ ـ ١٦ والفصول الشرعية: مادة ٤.

(٦) الفصول الشرعية: المادة ـ ٥.

والحنابلة والإمامية أجازوها وألزموا الزوج الوفاء بها، ولا ريب في أن ما ذهب إليه أحمد أيسر للناس وألصق بالنظر القانوني الحديث، وإن كان الأخذ به يجعل العلاقة بين الرجل والمرأة، كالعلاقة بين الشريكين اللذين يشترط كل واحد ـ في العقد ـ لنفسه ما يتفق مع مصلحته، وفي ذلك بعد عن جو القدسية التي يحاط بها الزواج، وإخراج له عن أن يكون رابطة زوجية ونفسية بين الزوجين.

ما ذهب إليه القانون:

أما قانوننا فقد جاء بتفصيل جديد للشروط متفق مع إجماع الفقهاء في بعضها؛ ومع مذهب أحمد بن حنبل في بعضها الآخر، وإن كان قد فرّق في بعض الشروط الجائزة تفصيلاً جديداً يتفق مع العدالة ومع النظام الأساسي للزواج.

قسم القانون الشروط في عقد الزواج إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ شروط باطلة لا يحق الوفاء بها، ويكون العقد معها صحيحاً، وذلك بأن يقيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، كاشتراط عدم المهر، أو إنفاق الزوجة على الزوج، أو ينافي مقاصده الشرعية، كاشتراط عدم الاستمتاع الزوجي، أو يلتزم فيه ما هو محظور شرعاً، كاشتراط المرأة أن تسافر وحدها؛ فهذا النوع من الشروط باطل والعقد صحيح. . .

وهذا متفق مع المذاهب الإسلامية كلها كما رأيت، ولا نعلم فيه خلافاً. .

٢ ـ شروط صحيحة يلزم الزوج بالوفاء بها[1] وهي الشروط التي تكون فيها مصلحة مشروعة للزوجة؛ ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كأن لا يسافر بها، أو لا ينقلها من دارها أو بلدها، فهذا شرط صحيح يلزم الزوج بالوفاء به.

وهو حكم مأخوذ من مذهب أحمد رحمه الله، غير أن القانون لم يذكر حكم ما إذا أبى الزوج الوفاء بهذه الشروط، هل يحق للزوجة فسخ النكاح كما هو الحال في القسم الثالث الآتي؟ أم لا يحق لها ذلك؟ الذي يظهر أن للزوجة حق الفسخ، لأن مذهب أحمد كذلك ـ والقانون مشى على مذهبه ـ ولأن النوع الثالث

(١) معنى الإلزام هو إجبار الزوج على تنفيذه العيني بسلطة القضاء.

الآتي ـ وهي الشروط الصحيحة غير الملزمة ـ يحق فيها للزوجة طلب الفسخ، فأولى أن تعطى هذا الحق في النوع الثاني.

٢ ـ شروط صحيحة ولكنها غير ملزمة للزوج[١]، وذلك في الحالات الآتية:

أ ـ أن تشترط الزوجة في عقد الزواج ما فيه تقييد لحرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كأن تشترط عليه أن لا يسافر، أو لا يتوظف، أو لا يرشح نفسه للنيابة، أو لا يتزوج عليها.

ب ـ أن تشترط ما يمس حقوق غيرها، كاشتراطها أن يطلق زوجته الأخرى، فالشرط في مثل هاتين الحالتين شرط صحيح، ولكن لا يلزم الزوج بالوفاء به، فإن لم يف كان للزوجة طلب فسخ النكاح.

وهذا متفق مع مذهب أحمد كما رأيت، إلا في اشتراط تطليق الضرة فإن للحنابلة رأيين في ذلك كما تقدم[٢].

ومن هذا يتبين أن القانون استوحى نظريته في الشروط الجائزة من مبادئ مذهب الإمام أحمد.

وإليك نص المادة المتعلقة بالشروط في عقود الزواج كما جاءت في القانون.

المادة ١٤: ١ ـ إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

٢ ـ وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحاً ملزماً.

٣ ـ وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة، أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة طلب فسخ النكاح.

---

(١) معنى كونها غير ملزمة أن الزوج لا يجبر على تنفيذها العيني بسلطة القضاء.

(٢) نص قانون حقوق العائلة الصادر في عام ١٣٣٦ على أن الزوجة إذا اشترطت أن لا يتزوج عليها، وإذا تزوج كانت هي أو ضرتها طالقة. فالعقد صحيح والشرط معتبر المادة ٣٨ وهذا من قبيل تعليق الطلاق بشرط وهو صحيح.

أهلية الزوجين

هل يشترط لصحة عقد الزواج أن يكون كل من الزوجين أهلاً للزواج بالعقل والبلوغ، فإذا انتفى أحدهما لم يكن العقد صحيحاً؟ أم لا يشترط ذلك؟ هذا ما سنجيب عنه بشيء من التفصيل.

البلوغ وحكم زواج الصغار:

أما البلوغ فالجمهور من العلماء على أنه غير شرط، فيصح زواج الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي أو وكيله، وخالف بعض العلماء فذهبوا إلى اشتراطه، فإذا زوج الولي ـ أباً كان أو غيره ـ صغيراً أو صغيرة فالعقد باطل، ولا يترتب عليه أثر ما. وإليك إيضاح القول في هذا الموضوع حتى تعرف اتجاه الفقهاء واتجاه القانون.

مذاهب الفقهاء:

تتلخص أقوال الفقهاء حول زواج الصغير أو الصغيرة في ثلاثة مذاهب رئيسة:

أولاً ـ الجواز مطلقاً، سواء كان صغيراً أو صغيرة وهذا هو مذهب الجمهور[1] وفيهم الأئمة الأربعة. وحجتهم في ذلك:

ـ قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤] جعل الله عدة الصغيرة التي لم تحض، ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا بعد عقد الزواج، فدل ذلك على صحة

---

(١) ادعى ابن المنذر الإجماع على ذلك في الصغيرة حيث قال: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء (المغني ٧/ ٣٧٩) ولكن ما نذكره من أقوال بعض الفقهاء يبطل دعوى الإجماع.

العقد عليها من غير أن تستأذن في ذلك، لأنها في سن لا يعتبر فيه إذنها.

ـ وقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] قالوا: والأيم اسم للأنثى التي لا زوج لها، صغيرة كانت أو كبيرة، وكلمة «على» الواردة في الآية إن كانت للتبعيض كان هذا خطاباً للآباء، وإن كانت للجنس كان خطاباً لجنس المؤمنين، وعموم الخطاب يتناول الأب والجد وغيرهما[١]

وقول عائشة رضي الله عنها: «تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست (سنين) وبنى بي وأنا ابنة تسع»[٢] ومن المعلوم أن أبا بكر هو الذي زوّج عائشة من النبي ﷺ في هذه السن، فدلّ ذلك على حق الأولياء في تزويج الصغار. ويؤيد ذلك أيضاً أن النبي ﷺ زوّج بنت عمه حمزة من ابن أبي سلمة وهما صغيران.

ـ والمأثور عن عدد من الصحابة يؤيد هذا، فقد زوّج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عروة بن الزبير، وتزوّج قدامة بن مظعون ابنة الزبير حين ولدت، فقيل له في ذلك، فقال: هي ابنة الزبير! إن مت ورثتني، وإن عشت كانت امرأتي، وزوّج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران، ووهب رجل بنته الصغيرة من عبد الله بن الحسن بن علي رضي الله عنه، وزوّجت امرأة ابن مسعود بنتاً لها صغيرة من ابن للمسيب بن نخبة فأجاز ذلك زوجها عبد الله بن مسعود[٣] وهكذا تضافرت الأخبار عن وقوع ذلك من الصحابة فدلّ على جوازه، ولو كان غير جائز لما فعلوه.

ـ ولأن الزواج من جملة المصالح التي ينبغي على الأولياء مراعاتها، ولا تكون المصلحة في الزواج محققة إلا إذا كان الأكفاء، والكفء لا يوجد في كل وقت، فإذا وجد الأب الكفء كان من مصلحة الصغير أن يعقد عليه لئلا يفوت بالانتظار إلى البلوغ.

هذه هي أدلة الجمهور فيما ذهبوا إليه من جواز تزويج الصغار، واختلفوا فيما بينهم فيمن يحق له إجراء هذا العقد، ومدى لزومه أو عدمه، أي هل يكون العقد على الصغير لازماً بحيث لا يجوز له رده بعد البلوغ؟ أم يكون مخيراً فيه بعده فإن شاء أمضاه وإن شاء رده؟ هنا خمسة أقوال لهم في ذلك:

---

(١) البدائع: ٢/ ٢٤٠.
(٢) أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما.
(٣) المبسوط للسرخسي: ٤/ ٢١٢.

١ ـ مذهب مالك وأحمد أنه لا يجوز لغير الأب تزويج الصغار، **فإن فعل ذلك** غيره لم يصح جداً أو أخاً أو غيرهما وحجتهم أن الأصل عدم صحة العقد على الصغير مطلقاً، لكن الشرع جاء بجوازه للأب فقط، لفرط شفقته وصدق رغبته في مصلحة ولده، فلا يلحق به غيره من الأولياء، ويؤيد هذا أن قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: **«إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»** واليتيمة هي الصغيرة التي مات أبوها لقوله: **«لا يتم بعد احتلام»** فدل ذلك على أن الأب وحده هو الذي يملك حق تزويج الصغير أو الصغيرة[1].

٢ ـ إن ذلك جائز للأب فإن لم يكن فللجد. وهو مذهب الشافعي منه بالنسبة إلى الصغير ـ سواء كان مما يتغابن فيه الناس أو لا يتغابنون ـ لأن وفرة الشفقة والاشتهار بحسن الرأي والاستقامة، يدل على أن هذا العقد متمحض لمصلحة الصغير، فيتجاوز عن الكفء ومهر المثل.

وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعية أيضاً: إنه لا بد من الكفاءة ومهر المثل، لأن الولاية للمصلحة، وليست هنالك مصلحة واضحة في تزويجها من غير كفء وبغير مهر المثل.

واتفقوا على أنه إذا عرف الأب أو الجد بسوء الاختيار أو بالمجون والفسق فلا يجوز إلا بكفء وبمهر المثل، فإن لم يكن كذلك كان النكاح باطلا[2].

٥ ـ إن ذلك جائز لجميع الأولياء ولكنه غير لازم في حق الصغار فلهم حق الفسخ بعد البلوغ، سواء كان الذي باشر العقد الأب أو الجد أو غيرهما من الأولياء، وهذا مذهب الثوري ومعمر وقتادة وطاوس، وحجتهم أن شفقة الأولياء لا تمنع من إساءة الاختيار عن غير قصد، فيجب أن يعطى الصغير حق الفسخ حين البلوغ، إذا وجد أن هذا الزواج ليس في مصلحته. هذا ولا توارث بينهما قبل البلوغ إذا مات أحدهما[3].

ثانياً ـ عدم الجواز مطلقاً من غير تفريق بين الصغير والصغيرة أو بين الأب

---

(١) المغني ٧/ ٣٨٢.

(٢) البحر الرائق ٣/ ١٤٤، والبجيرمي: ٣/ ٤٣٩.

(٣) المحلى: ٩/ ٤٦٣.

وغيره من الأولياء، فزواج الصغار باطل لا يترتب عليه أثر ما. وهذا مذهب ابن شبرمة والبتي وأبي بكر الأصم[1] وحجتهم في ذلك:

ـ قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] دلت هذه الآية على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر، فلو كان الزواج يصح في سن الصغر لما كان لهذه الغاية معنى.

ـ ولأنه لا فائدة للصغير من هذا العقد، إذ الزواج للمعاشرة والسكن النفسي والتناسل، ولا تتحقق واحدة من هذه في زواج الصغار، وقد يكون فيه ضرر بالغ بهم، إذ أنه إجبار لهم على حياة مشتركة مؤبدة، دون التأكد من الانسجام بين الزوجين، فما هو وجه الحكمة في جواز هذا العقد، والولاية إنما شرعت لرعاية مصالح الصغار ودفع الأذى عنهم؟

وأجابوا عن زواج النبي ﷺ بعائشة وهي صغيرة، بأن ذلك خاص به، ولا ينكر اختصاص النبي عليه السلام ببعض الأحكام، وأيضاً فمن المؤكد أن زواجه بعائشة كان في مكة قبل الهجرة، وذلك قبل أن يتقرر استئذان الأبكار واستئمار الثيبات كما في الحديث المعروف، فلا يكون في زواج عائشة دليل للجمهور.

ثالثاً ـ التفرقة بين زواج الصغير وبين زواج الصغيرة، فتزويج الأب للصغيرة جائز عملاً بالآثار المروية في ذلك أما تزويجه للصغير فباطل وإذا وقع فهو مفسوخ، وهذا مذهب ابن حزم الظاهري، وهو مبني على مذهبه في إبطال القياس. فالآثار الواردة إنما هي في زواج الصغيرة فلا يصح قياس الصغير عليها[2].

العقل وحكم زواج المجانين:

هذا ما يتعلق باشتراط البلوغ وخلاف الفقهاء في ذلك.

وأما العقل فجمهور العلماء حتى ابن شبرمة ومن معه، لا يشترطونه لصحة

(١) ذكر في البدائع أن هذا رأي ابن شبرمة وعثمان البتي، وذكر في المبسوط ٢١٢/٤ أن هذا رأي ابن شبرمة وأبي بكر الأصم.

(٢) المحلى: ٤٥٨/٩ ـ ٤٦٢.

عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي ـ أباً أو غيره ـ المجنون أو المجنونة وكذا المعتوه أو المعتوهة[1]. على التفصيل السابق في الصغار.

وفرّق الشافعي بين المجنون والمجنونة، فجعل في المجنونة الولاية للحاكم ـ عند عدم الأب والجد ـ إذا ثبت له أن زواجها يفيد في شفائها، أو في المجنون فيرفع أمره إلى الحاكم ـ مع وجود الأب ـ فإن كان يحتاج إلى التزويج زوجه. وإلا لم يجز للحاكم ولا لأبيه تزويجه، إلا أن يكون للخدمة فيجوز[2].

ولا فرق في الجنون بين أن يكون أصلياً أو طارئاً عند أبي حنيفة وأصحابه، وقال زفر: إذا بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون فلا يملك أحد تزويجه[3]، وقال الجعفرية: بل الولاية حينئذ للحاكم لا للأولياء[4].

موقف القانون:

كان العمل في المحاكم الشرعية قديماً بمذهب جمهور العلماء من صحة زواج الصغار كما تقدم، وكان عليه العمل عند الناس، فكثيراً ما كان يقع زواج الصغار في مجتمعاتنا القديمة. ولكن أضرار هذ النوع من الزواج بالغة تضر كثيراً بمستقبل الأولاد الصغار، وكم نشأت من ذلك مآس اجتماعية وأضرار خلقية. مما حدا بالمشترعين في الدولة العثمانية حين إصدار قانون حقوق العائلة عام ١٣٣٦ إلى أن يأخذوا برأي ابن شبرمة والبتي والأصم، بعدم جواز العقد على الصغار، فنصت المادة الرابعة منه كما يلي: «يشترط في أهلية النكاح أن يكون الخاطب في سن الثامنة عشر، والمخطوبة في سن السابعة عشر فأكثر» ونصت المادة السابعة منه على ما يلي: «لا يجوز لأحد أن يزوج الصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره ولا الصغيرة التي لم تتم التاسعة من عمرها» وهاتان المادتان تحددان بدء الأهلية باثني عشر عاماً في الفتى وتسعة في الفتاة، واكتمال الأهلية بثمانية عشر عاماً في الفتى وسبعة عشر عاماً في الفتاة، فما قبل بدء الأهلية عقد غير صحيح، وما بعدها

---

(١) الجنون هو اختلال العقل بحيث يخرج صاحبه عن النهج الطبيعي في الأعمال المعتادة، أما العته فهو اختلاط الكلام والأعمال، فتارة يشبه العقلاء وتارة يشبه المجانين (انظر الجزء الثاني من كتابنا هذا).

(٢) الأم: ٥/١٧، ١٨.

(٣) البدائع: ٢/٢٤١.

(٤) الفصول الشرعية: ٢٦.

حتى اكتمالها عقد متوقف على إذن الولي والقاضي وما بعد اكتمالها عقد صحيح نافذ من غير إذن الولي إذا استوفى أركانه وشرائطه.

أما في مصر فقد نص القانون رقم ٤٦ لعام ١٩٢٣ بأن لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة، وهذا يعني أن العقد قبل هذا السن صحيح ولكن لا تسمع فيه دعوى الزوجية، ويظهر أن واضعي القانون أرادوا احترام ما عليه عادة الناس من تزويج الصغار، مع اتخاذ الوسائل لتقليل وقوعه بمثل هذا التشريع.

أما قانوننا فقد أخذ برأي ابن شبرمة ومن معه في عدم صحة زواج الصغار، مراعاة للأوضاع الاجتماعية التي تجعل من هذا الزواج عبئاً وعبثاً، ولكنه جعل ابتداء الأهلية في الفتى والفتاة بالبلوغ، واكتمال الأهلية بإكمال الفتى ثمانية عشر عاماً، والفتاة سبعة عشر عاماً، وجعل المدة الواقعة بين بدء الأهلية واكتمالها مرحلة صالحة للزواج بإذن القاضي وموافقة الأب أو الجد، إذا ادعى الفتى بلوغه في الخامسة عشرة، والفتاة بلوغها بالثالثة عشرة وكان جسماهما يحتمل ذلك.

وأما في المجنون أو المعتوه، فقد ذهب القانون إلى خلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. فلم يصح زواجه مطلقاً، وإنما أجاز للقاضي الإذن بذلك إذا ثبت طبياً أن زواجه يفيد في شفائه.

وإليك نص القانون.

المادة ١٥ :

١ ـ يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ.

٢ ـ للقاضي الإذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه.

والمراد بالمجنون أو المعتوه الوارد في الفقرة السابقة ما يشمل الرجل والمرأة وبذلك يكون القانون قد اعتمد على مبدأ الاستصلاح فيما ذهب إليه، وأخذ من مذهب الشافعي بعض أحكامه في زواج المجانين من الرجال.

* * *

سن البلوغ

يختلف القانون عن الفقهاء في تقدير سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج، وسنوجز القول الآن في هذا الموضوع، تاركين التفصيل فيه إلى مبحث الأهلية في الجزء الثاني من هذا الكتاب إن شاء الله.

عند الفقهاء:

يقسم الفقهاء مراحل الإنسان منذ ولادته حتى البلوغ إلى ثلاثة مراحل:

١ ـ مرحلة الطفولة، ويكون الإنسان فيها «صبياً غير مميز» وهي منذ الولادة حتى يقارب سن السابعة.

٢ ـ مرحلة التمييز، ويكون الإنسان فيها «صبياً مميزاً» وهي منذ سن السابعة غالباً حتى سن البلوغ.

٣ ـ مرحلة البلوغ، وهو إما أن يكون بلوغاً طبيعياً بعلامات توجد في الفتى كالاحتلام، وفي الفتاة كالحيض، وإما أن يكون تقديراً بالسن، وجمهور الفقهاء على أن مبدأه في الفتى حين بلوغه الثانية عشرة، وفي الفتاة حين بلوغها التسع، أما نهايته فالجمهور على أنه في الخامسة عشر للذكور والإناث، وذهب أبو حنيفة رحمه الله، إلى أن نهايته ثمانية عشر عاماً في الفتى، وسبعة عشر عاماً في الفتاة[١].

وعلى هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولاً واحداً، وأما الصبي المميز فينعقد عند فقهاء الحنفية، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة وليه، وعند الشافعي لا ينعقد كغير المميز[٢] أما البالغ فالجمهور على أنه إذا لم تظهر فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية، جاز أن يعقد الزواج بنفسه متى بلغ خمسة عشر

---

(١) البدائع: ٧/ ١٧٢.

(٢) البدائع: ٢/ ٢٣٣.

عاماً، من غير رجوع إلى الولي أو توقف على إجازته، وبناء على قول أبي حنيفة في تحديد منتهى البلوغ بالثامنة عشرة في الفتى، لا تصح عبارته في الزواج حتى يبلغ تلك السن إلا بموافقة وليه.

في القانون:

وقد مشى قانوننا على اعتبار اكتمال الأهلية في الشؤون المالية ببلوغ الصبي ثمانية عشر عاماً للذكر والأنثى على السواء، كما نصت على ذلك المادة ١٦٢ في الباب الأول من كتاب الأهلية والنيابة الشرعية، وسيأتي معنا في موضعه إن شاء الله.

أما في الزواج، فقد اعتبر كمال الأهلية ببلوغ الفتى ثمانية عشر عاماً، والفتاة سبعة عشر عاماً، وهو عمل بقول أبي حنيفة كما تقدم ـ في تحديد نهاية البلوغ ـ ولعل القانون اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية المالية في الزوجين لأنه عقد تترتب عليه التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية، وقد تعقدت الحياة فكثرت تكاليفها ومتطلباتها، فليس من المصلحة أن يعطى الزوج ـ فتى أو فتاة ـ صلاحية الإقدام عليه من غير نضج فكري، وخبرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة، وقدرة على القيام بالأعباء الزوجية، وذلك إنما يكون ببلوغ سن الرشد المالي كما تقدم.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

المادة ١٦ ـ تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر.

غير أن القانون قدر الأوضاع والعادات في بلادنا، وراعى ما تعارفه مجتمعنا من زواج الفتيات والفتيان قبل السن المذكورة في المادة السابقة، فأجاز للقاضي أن يأذن بزواج الفتى بعد إكماله الخامسة عشرة، والفتاة بعد إكمالها الثالثة عشرة، إذا طلبا الزواج، وادعيا البلوغ، وتبين له صدقهما في دعوى البلوغ، وتأكد من احتمال جسميهما للمعاشرة الزوجية بعد موافقة الولي إذا كان أباً أو جداً عند عدم الأب، وبذلك يكون القانون قد أجاز زواج البالغين بالسن المعتبرة عند الجمهور، بعد موافقة القاضي والولي، وهذا من السياسة الشرعية، رعاية لمصلحة الشباب والفتيان من جهة، إذ من المصلحة السماح لهما بالزواج متى بلغا سن الرشد الديني ـ وهو السن الذي يطالب فيها كل من الفتى والفتاة بأداء الواجبات الدينية ـ صيانة

لأخلاقهما وعفتهما من الفساد وإسراعاً في تحصينهما من الإثم والفاحشة، ومن مصلحة المجتمع أن يكونا قادرين على القيام بالأعباء الزوجية، مقدرين لقدسية الزواج والتزاماته الأدبية والاجتماعية. . فإذا أجاز الولي والقاضي زواجهما في هذه السن كان ذلك ضماناً للمصلحتين معاً.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

المادة ١٨:

١ ـ إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة، أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة، وطلبا الزواج، يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما.

٢ ـ إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته.

وينبغي أن نلاحظ أن هذا الاحتياط في القانون لم يمنع تزويج الفتاة في سن مبكرة، فلا تزال العادة جارية في القرى والمدن على السواء، بتزويج الفتاة متى بلغت الرابعة عشرة تقريباً، وحين يضطرون إلى أخذ إذن القاضي وفقاً للمادة السابقة، فقد يلجؤون إلى تقديم أخت الفتاة أو بنت عمها الكبيرة على أنظار القاضي، ليتأكد من صلاح جسمها وصدق دعوى بلوغها، وبذلك لا نعرف حادثة واحدة تقدمت فيها الفتاة دون السابعة عشرة للزواج وردها القاضي، فالفائدة من هذا الاحتياط الذي توخاه القانون منتفية بمثل هذه الحيل التي يقوم بها أولياء الفتاة. . ولا سبيل للتغلب عليها إلا باحتياط شديد لا يستطيع القانون فرضه على الناس. وما دام الآباء راضين بزواج بناتهم متى بلغن سن البلوغ الشرعي، وكانت الفتيات راضيات بالزواج أيضاً في تلك السن، وكانت الأوضاع الاجتماعية في بلادنا تجعل هذا الزواج أمراً مقبولاً ومطلوباً في كثير من الحالات، لم يكن في رأينا داع لهذا التقييد الذي اشترطه القانون، بعد أن تبين أنه لا يعمل به، وأن الحيلة واسعة للتفلت منه، ولا سبيل لإجبار أولياء الفتيات على الانتظار حتى يبلغن سن السابعة عشرة، وليس ذلك من المصلحة العامة غالباً.

ومن الغريب أن بعض القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي، يجعل السن المطلوبة في الفتاة لبلوغها القانوني الذي يبيح زواجها هو الخامسة عشرة[١] هذا مع

---

(١) المقارنات التشريعية: ١/١١٦.

العلم بأن فرنسا من البلاد الباردة، وعاداتها الاجتماعية تختلف عن عاداتنا وأخلاقنا الاجتماعية، فرفع سن الزواج عندنا إلى السابعة عشرة أمر غريب لا مبرر له، إلا تقليد بعض القوانين الأجنبية الأخرى، وفيه من تعريض الفتيات للفتنة بهذا التأخير ما لا تقره شريعة الأمة وأخلاقها العامة.

مقارنات:

كان المعمول به في المحاكم الشرعية قبل صدور قانون حقوق العائلة اعتبار البلوغ الشرعي مقياساً لأهلية الفتى والفتاة لعقد الزواج، ثم جاء قانون حقوق العائلة الصادر في ١٣٣٦هـ، فجعل أهلية الفتى للزواج بثمانية عشر عاماً، والفتاة بسبعة عشر. (المادة ٤).

أما في مصر، فقد نصت الفقرة ٥ من المادة ٩٩ من لائحة الإجراءات الشرعية على أنه:

«لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، أو سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة، إلا بأمر منا»[١] ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ من لائحة الإجراءات على أنه «لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند إلى ما قبل العمل بهذا القانون، ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة، وسن الزوج ثماني عشرة سنة وقت العقد، فإذا كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة، فلا يجوز للموظف الرسمي المختص بمباشرة عقد الزواج أن يجريه رسمياً بينهما» ثم فرض القانون الصادر عام ١٩٣٣ رقم ٤٤ عقوبة لمن يتلاعب بالسن المحددة فيما سبق، بالسجن أو الغرامة المالية[٢]. وهذا صريح في أن العقد على الصغير أو الصغيرة ممن كانوا دون السن المذكور معاقب عليه عقوبة إدارية فقط، دون الحكم ببطلانه كما فعل ذلك قانوننا بالنسبة لمن دون الخامسة عشرة في الفتى والثالثة عشرة في الفتاة.. وما فعله القانون المصري أولى وألصق بالقواعد الشرعية العامة.

أما في المذهب الجعفري، فيجوز للفتاة إذا أتمت التاسعة، وللفتى إذا أتم الخامسة عشرة، أن يأذن القاضي لهما بالزواج إذا آنس منهما الرشد[٣].

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية لخلاف: ٢١.

(٢) أيضاً: ٣٢.

(٣) الفصول الشرعية مادة ٨.

وفي الشريعة اليهودية، يعتبر السن المفروض لصحة التزويج بلوغ الثالثة عشرة للرجل، والثانية عشرة للمرأة، ويجوز زواج من بدت عليه علامات البلوغ قبل هذا السن، ومن بلغ العشرين ولم يتزوج فقد استحق اللعن[١].

وفي المسيحية، نص مشروع قانون الأحوال الشخصية للروم الأرثوذكس على أن من شروط الخطبة أن يكون كل من الخطيبين أهلا للعقد بالغاً سن الرشد، وهي الثامنة عشرة، ويجوز عقد الخطبة لهما في سن التمييز، وهو في الأنثى إتمام الثالثة عشرة من عمرها، وفي الذكر إتمام الخامسة عشرة، مع مراعاة حالة البنية والصحة، وبموافقة الولي وإجازته (المادة ٥) وهذا مأخوذ من قانون الأحوال الشخصية كما سبق.

في القوانين الأجنبية:

أما في القانون الروماني، فقد نص على أن من شروط الزواج بلوغ الذكر أربعة عشر عاماً، والأنثى اثني عشر عاماً[٢].

وفي القانون الفرنسي، لا يمكن عقد الزواج قبل بلوغ الفتى ثمانية عشر عاماً، والفتاة خمسة عشر عاماً إلا بإذن خاص من رئيس الجمهورية.

وفي القانون الألماني[٣] نصت المادة ٣٠٣ من القانون المدني الألماني على أن لا يجوز زواج المرء قبل بلوغه الحادية والعشرين من عمره ولا الأنثى قبل وصولها إلى السادسة عشرة من عمرها، ويجوز للمحكمة أن تجيز للقاصر الزواج إذا رأت في ذلك مصلحة له.

وفي القانون السويسري لا يجوز للذكر قبل بلوغه العشرين، والأنثى قبل بلوغها الثامنة عشرة أن يعقد النكاح، ويجوز لحكومة المقاطعة أن تأذن بزواج

---

(١) المقارنات والمقابلات: ٣٧٠.

(٢) المقارنات التشريعية: ١/١١٦ هذا ونذكر هنا إتماماً للفائدة أن عادة قبائل (الهوتنتو) في أفريقيا، أن البنت متى خطبت لصبي صارت زوجته وحرمت على غيره تحريماً يكاد يخرج عن حد المعتاد إذ لا يجوز لأي أحد كان أن يمسها أو يقرب منها أو يداعبها أو يلاعبها، ومن وقع منه أمر مثل هذا يغرم ويلزم بدفع مبلغ للخاطب بصفة تعويض أو غرامة (المقارنات والمقابلات: ٣٣٥).

(٣) من هنا إلى آخر البحث يراجع: الزواج ومقارنته بقوانين العالم: ١٦١ ـ ١٦٦.

الذي بلغ ثمانية عشرة عاماً والأنثى التي تجاوزت السابعة عشرة بعد موافقة الولي أو الأقرباء إذا كانت هناك أسباب ذات أهمية.

وفي إيطاليا يعتبر سن الأهلية للزواج ثمانية عشر عاماً للفتى وخمسة عشر للفتاة.

وفي النمسا تنص المادة الأولى من القانون الصادر عام ١٩٣٨ على أنه لا يجوز لمن لم يتجاوز الحادية والعشرين من عمره إذا كان ذكراً، والسادسة عشرة إذا كانت أنثى أن يعقد الزواج، ويجوز لمن بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يعقد الزواج إذا كان متحرراً من سلطة والديه أو وصايتهما.

زواج البالغين

يتعلق بهذا الموضوع عدة مباحث:

أولاً ـ بين الرضا والإجبار:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الصبي متى أكمل سن البلوغ، يصح زواجه بلفظه من غير اشتراط موافقة وليه أو القاضي، وأنه يشترط رضاه وقبوله، فلا يملك أبوه أو غيره من الأولياء تزويجه رغماً عنه، وذلك لأنه حر بالغ عاقل فيملك أهلية التصرف كاملة من غير أن تكون لأحد سلطة عليه[1].

ولا خلاف بينهم أيضاً في أن البنت البالغة إذا كانت ثيباً لا بد لصحة عقد زواجها من رضاها بذلك، ولا يملك أبوها إجبارها، لقوله ﷺ: **«ليس للولي من الثيب أمر»**[2] وروى البخاري ومسلم وغيرهما «أن الخنساء بنت خذام الأنصارية كانت تحت (أنيس بن قتادة) فقتل عنها يوم أُحد، فزوجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف، فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها وتزوجت أبا لبابة بن عبد المنذر» ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من الزواج مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل. ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا الحسن البصري على ما روي عنه، فإنه أجاز للأب أن يجبر ابنته على الزواج ولو كانت ثيباً، وقد قال إسماعيل بن إسحاق: لا أعلم أحداً قال في البنت (الثيب) بقول الحسن، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة[3].

واختلفوا في الثيب غير البالغ، فأبو حنيفة ومالك أجازا للأب أن يجبرها على الزواج لأنها صغيرة فتأخذ حكم الصغار ـ وقد سبق أن الجمهور على أن للأب ولاية إجبار الصغار على الزواج ـ وذهب الشافعي وهو اختيار بعض الفقهاء

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٥.

(٢) رواه النسائي وأبو داود.

(٣) المغني: ٦/ ٣٧٥.

الحنابلة إلى أنه ليس للأب إجبارها، لأن المدار عنده على الثيوبة والبكارة، فالثيب لا تجبر ولو كانت صغيرة، والبكر تجبر ولو كانت كبيرة[1]. وقد استند في ذلك إلى قوله ﷺ: **«الأيم أحق بنفسها، والبكر تستأذن»** وقد تقدم القول في ذلك.

وأما البكر البالغ ففيها قولان للعلماء:

قال الشافعي ومالك وابن أبي ليلى: أن للأب فقط أن يجبرها على الزواج، واستئذانها مستحب لا واجب. لقوله ﷺ: **«الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها»**[2] قالوا: فلما قسم النساء قسمين، وأثبت الحق لأحدهما - وهي الثيب - بأنه أحق من وليها، دل على نفي هذا الحق عن القسم الآخر وهي البكر؛ فيكون وليها أحق منها بذلك، والحديث يدل على استحباب استئذانها واستئمارها لا على وجوبه[3].

وقال أبو حنيفة[4] والأوزاعي والثوري والعترة: ليس للأب أن يجبرها على الزواج، ولا بد من استئذانها قبله، فإن فعل من غير استئذان فالعقد باطل، لقوله عليه الصلاة والسلام: **«لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله: فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»**[5] وجاءت فتاة إلى النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم[6].

وعن أحمد روايتان في البكر البالغ: إحداهما مع الشافعي ومن وافقه؛ والثانية مع أبي حنيفة ومن وافقه[7].

والحق ما عليه الجمهور من أن استئذان البكر البالغ أمر لا بد منه، فلا ينعقد من غير رضاها ولو كان الأب هو العاقد، لأن الكل متفقون على أن الأب لا يملك التصرف في مال ابنته البكر البالغ بغير رضاها، فكيف يملك التصرف في نفسها ومستقبلها، والنفس فوق المال، والخسارة في المال أمر هين بجانب الضرر في حسن اختيار الزوج؟.. وهذا بلا شك أوفق لروح الشريعة وألصق بقواعدها العامة.

---

(١) الأم للشافعي: ٥/ ١٥.
(٢) رواه مسلم وأبو داود.
(٣) المغني: ٧/ ٣٨٠.
(٤) الفتح: ٣/ ١٦١.
(٥) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة.
(٦) رواه أحمد وأبو داود.
(٧) المغني: ٧/ ٣٨٠.

ثانياً ـ علامة الرضا:

المذاهب المختلفة في زواج البكر البالغ: هل يصح من غير رضاها أم لا بد فيه من رضاها، تتفق جميعاً على طلب استئذان البكر واستئمارها ـ سواء كان ذلك واجباً كما هو عند الشافعية أو مستحباً كما هو عند الحنفية ـ لأن الزواج مطلوب لمصلحة الزوجين قبل كل شيء، فلا يعقل أن يتجاهل الأب أو الولي رغبة البكر البالغ ولا يحاول أن يتعرف على رأيها في الموضوع، ولأن الأحاديث الصحيحة تنص على طلب الاستئذان، من ذلك قوله ﷺ: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن من نفسها وإذنها صماتها**»[1] وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «**قلت**: يا رسول الله! تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: **نعم**، قلت: إن البكر تستأمر فتستحي فتسكت، فقال: **سكاتها إذنها**»[2] وعن ابن عمر قال: توفي عثمان بن مظعون، وترك ابنة له من خولة بنت حكيم، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، قال عبد الله بن عمر: وهما خالاي، فخطبت إلى قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان، فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة (يعني إلى أمها) فأرغبها في المال فحطت إليه (أي مالت إلى تزويج ابنتها منه) وحطت الجارية إلى هوى أمها، فأبتا (تزويجي) حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ، فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله! ابنة أخي أوصى بها إليّ فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة! وإنما حطت إلى هوى أمها؛ فقال رسول الله ﷺ: «**وهي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها**» فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة[3].

وهذه الأحاديث وغيرها تفيد التفرقة بين علائم الرضا عند البكر وعند الثيب، فأما الثيب فلا بد من إعلان رضاها بالكلام، إذ هي قد عاشرت الأزواج من قبل، ودخلت في الحياة الزوجية، فلا تخجل من إعلان إرادتها، وأما البكر فيكفي في معرفة رضاها سكوتها[4] إذا كان الذي يستأمرها هو الولي. أما إذا كان

---

(١) رواه الجماعة إلا البخاري. (٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) رواه أحمد والدارقطني.

(٤) وقد أغرب فقهاء الظاهر في الجمود حين قالوا: إن البكر لا يصح منها إلا السكوت فلو تكلمت بما يدل على رضاها لم ينعقد الزواج عملاً بظاهر الحديث، وهذا من غرائب جمود أهل الظاهر (انظر المحلى: ٩/٤٧١).

غير ولي أو ولياً غيره أولى منه، فلا يكفي إلا الإعلان بالقول، وهذا هو اختيار فقهاء الحنفية، لأنه مع الولي تستحي من إظهار رغبتها فيكون سكوتها علامة الرضا، أما مع غيره فلا، حتى تتكلم، ويكون السكوت محتملاً للاستخفاف بكلامه وعدم الالتفات إليه، ومن فقهاء الحنفية من قال بعدم التفرقة بين استئمار الولي وبين استئمار غيره[1].

وهل يكون ضحكها علامة الرضا؟ قيل: نعم، لأن الضحك أدل على الرضا من السكوت، بخلاف ما إذا بكت، لأنه دليل السخط والكراهة، وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاء، وإذا بكت بلا صوت لم يكن رداً، والصحيح أن المعتبر في مثل هذه الحالات قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن دل حالها على أن البكاء أو الضحك دليل الرضا اعتبر رضا، وإن دل على أنه دليل الرد كان رداً!

وأجمعوا على أن «الثيوبة» التي لا بد فيها من القول هي الثيوبة الناشئة عن زواج صحيح أو فيه شبهة، واختلفوا فيما إذا كانت الثيوبة عن غير ذلك، فقال الحنفية: إذا كانت عن وثبة أو حيض أو جراحة أو تعنيس، كانت بكراً حقيقة، فيكفي في الدلالة على رضاها السكوت، لأنها لا تزال فيها حياء الأبكار وخجلهن، وإن كانت عن فاحشة فهي بكر حكماً، إلا إذا تكرر وقوعها في الفاحشة فهي ثيب لا يكتفى منها إلا بالقول[2].

وقال الشافعية: الثيوبة ـ بأي سبب كان ـ تحتم أن تعلن الثيب عن رضاها بالكلام، ويمنع إجبار أبيها لها ولو كانت لم تتزوج بعد.

ثالثاً ـ الزواج من غير ولي:

لا يختلف الفقهاء في أن الصغير أو الصغيرة لا يصح زواجه إلا بولي، لأنه لا يملك أهلية التصرف بنفسه فلا بد فيه من إذن الولي، وكذلك لا يختلفون في أن زواج البالغ العاقل الحر لا يحتاج إلى إذن الولي، واختلفوا في البكر البالغ، هل

---

(١) انظر فتح القدير: ٣/ ١٦٥ وقد يرد على من فرق بين الولي وغيره إطلاق الحديث من غير تفرقة، .وأجابوا عن ذلك بأن الإطلاق يقيده العرف والعادة، وهي أن المستأذن للبكر لا يكون إلا ولياً.

(٢) المصدر السابق: ٣/ ١٦٤.

يصح زواجها من غير موافقة الولي؟ أم لا بد من ذلك، فإن لم يكن هنالك ولي فلا بد من رضا السلطان أو الحاكم؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قول الشعبي والزهري: يجوز زواجها بغير ولي[١]، لأنه ليس في القرآن نص صريح يمنع زواج المرأة من غير ولي، بل إن بعض نصوصه تفيد صحة زواجها ولو لم يرض الأولياء ففي قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ما يدل على أن لها إنشاء النكاح من غير موافقة الولي، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فأسند النكاح إليهن، واعتبر منع الأولياء لهن من الزواج ظلماً لا يجوز فعله، ويؤيد هذا قوله ﷺ: **«الأيم أحق بنفسها من وليها»**[٢] والأيم هي من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً، ومنه قول أكثم بن صيفي: «كل ذات بعل ستئيم» أي ستصبح لا زوج لها، ولأنها بالزواج قد تصرفت في خالص حقها، وهي أهل لهذا التصرف لكونها عاقلة بالغة، فتملك ذلك كما تملك التصرف في مالها.

وقال الشافعي ومالك وهو رواية عن أبي يوسف: إنه لا يجوز زواجها من غير ولي، لأن القرآن أسند النكاح إلى الأولياء كما في قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] فدل ذلك على أنه هو الذي يتولى العقد فلا يجوز بغيره، ولقول النبي ﷺ: **«أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»**[٣] وقوله عليه السلام: **«لا نكاح إلا بولي»**[٤] ولأن عقد الزواج عقد عظيم الأثر بالغ الخطر، فلا يصح أن يترك إلى النساء، وهن سريعات الاغترار، يخدعن بالمظاهر، ويخضعن للعاطفة، فإذا أخطأن الاختيار لا يكن قد أسأن إلى أنفسهن فحسب، بل إلى أهلهن وعائلتهن أيضاً، وإذا أجاز الشارع لهن أن يتصرفن بأموالهن من غير موافقة الولي، فذلك لأن شأن المال أن تبخل به المرأة، ولا يكون الهوى في تبذيره، بل في إمساكه، بخلاف الزواج فإن الهوى في الإسراع به، ثم الضرر في فقد المال وخسارته ضرر محتمل لا عار فيه، بخلاف الضرر في إساءة اختيار الزوج، فإن فيه الفضيحة والشقاء والعناء لأهل الزوجة وأوليائها.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/٨.

(٢) رواه مسلم وأبو داود.

(٣) رواه مسلم وغيره.

(٤) رواه الخمسة إلا النسائي.

وذهب محمد إلى مذهب وسط، وهو أن المرأة إذا عقدت الزواج من غير إذن الولي كان موقوفاً على إجازته، فإن أجازه الولي وإلا فلا، وحجته في ذلك أن المرأة من أهل التصرفات فيجوز عقدها كبقية العقود، إلا أنها قد تسيء الاختيار فيلحق العار بالأولياء، فيكون العقد موقوفاً على إجازتهم لدرء الضرر عنهم[١].

وذهب داود الظاهري إلى التفريق بين البكر والثيب[٢] فقال باشتراط الولي في البكر وعدم ذلك في الثيب، أخذاً بظاهر قوله ﷺ: «**البكر يستأذنها أبوها والثيب أحق بنفسها من وليها**»[٣] وقد خالفه في ذلك ابن حزم ورد عليه بما يتفق مع قول الشافعي آنفاً[٤].

هذه هي الآراء الاجتهادية في المسألة، ويجب أن نضيف إلى رأي أبي حنيفة السابق حكمين آخرين قال بهما:

١ ـ أن العقد وإن صح بغير الولي، إلا أن استئذانه مستحب دفعاً للضرر وجمعاً بين النصوص التي تصحح العقد من غير ولي، وبين النصوص التي تطلب موافقته.

٢ ـ إن عقد المرأة إذا صح من غير ولي فإنما ذلك مقيد فيما إذا تزوجت من كفء وبمهر المثل، أما إذا تزوجت من غير كفء وبأقل من مهر المثل فللولي حق الاعتراض، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رواية أخرى أنه لا يصح أصلاً[٥].

وبذلك يتبين لنا أن رأي أبي حنيفة أعدل الآراء وألصقها بقواعد الشريعة العامة. ذلك أن الشريعة أعطت الرجل العاقل حق الانفراد بالزواج من غير حاجة الولي، لأنه يملك أهلية التصرفات. فالمرأة يجب أن تعطى هذا الحق لأنها تملك أهلية التصرف أيضاً، أما أن يحتج بسوء اختيارها مما قد يلحق العار بأوليائها، فهذا لو وقع لكان في إعطاء الأولياء حق الاعتراض لدى القاضي وطلب فسخ العقد، ما يدفع هذا العار ويرفع الضرر، فإذا تبين للقاضي صحة اعتراض الولي كان له أن يفسخ العقد، وإلا فلا، وهذا طريق معتدل في حفظ حقوق الأولياء وحقوق المرأة معاً، فإن بعض الأولياء يمتنع عن تزويج بناته بغير حق إلا لاعتبارات مادية وعاطفية أيضاً، وفي ذلك من الإضرار بالمرأة ما فيه.

---

(١) الهداية: ٣/١٥٧.
(٢) المحلى: ٩/٤٥٥.
(٣) رواه الجماعة إلا البخاري.
(٤) المحلى: ٩/٤٥٧.
(٥) الهداية: ٣/١٦٠.

رابعاً ـ عقد المرأة للزواج:

ونتيجة للخلاف السابق بين أبي حنيفة وبين مالك والشافعي في اشتراط الولي أو عدمه، نشأ خلاف آخر، وهو: هل يصح عقد الزواج من المرأة بكلامها، أم لا يصح ويجب أن يتولى الولي أو وكيله عقد الزواج؟

قال أبو حنيفة: يصح، فللمرأة أن تعقد الزواج بنفسها، وأن تعقد لغيرها، ما دامت تملك إيقاعه من غير موافقة الولي، ويؤيد ذلك ما ذكرناه من الآيات التي تسند عقد الزواج إلى النساء: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ و﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾.

وقال مالك والشافعي: لا يصح لفظ المرأة في عقد الزواج، مادامت لا تملك ذلك إلا بإذن الولي، لأن القرآن جعل إنشاء العقد من حق الأولياء، وذلك في مثل قوله: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ وقد جرى عرف الناس منذ عصر النبوة حتى اليوم على أن لا يقوم النساء بإجراء العقد، وإنما يفعل ذلك الرجال.

والحق أن مذهب أبي حنيفة متفق مع قواعد الشريعة ومبادئها، فما دامت المرأة كاملة الأهلية، تملك أن تعقد من العقود المالية ما تشاء كان لها أن تعقد الزواج بنفسها، والآيات التي أضافت إنشاء العقد إلى الأولياء جرت على ما هو المعتاد من ذلك في عرف المجتمع، ولا يدل ذلك على عدم صحة الزواج بألفاظ المرأة، قال ابن رشد: «ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له، ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم أو ينصب لذلك من يعقدها»[1].

موقف القانون:

هذا وقد أخذ القانون برأي أبي حنيفة في عدم اشتراط موافقة الولي لصحة عقد الزواج، بل أجاز للولي أن يبدي رأيه في زواج البالغة خلال مدة يعينها القاضي فإن لم يعترض أو كان اعتراضه في غير موضعه، أذن القانون بالزواج بشرط أن تتزوج من كفء. . . وإليك نص المادة كما وردت في القانون:

المادة ٢٠ ـ الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له، فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة.

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ١٠.

ويلاحظ هنا أن القانون لم يتعرض لمبحثين من المباحث التي ذكرناها آنفاً وهما علائم الرضا عند البكر والثيب، والخلاف في صحة عقد الزواج بلفظ المرأة، وهذا قصور كان ينبغي أن لا يقع فيه واضعو القانون، ولعل عذرهم في إهمال البحث الأول أنه مما اشتهر من الأحكام فلا يضر إغفاله، وعذرهم في إهمال النص على صحة عقد الزواج بلفظ المرأة، أن إثبات الأهلية لها بالبلوغ، وعدم اشتراط موافقة الولي، يستلزم صحة عقدها بنفسها بناءً على القواعد العامة.

فقدان الأهلية الاعتبارية:

هذا وقد نص في هذا الفصل ـ **الأهلية** ـ على فقدان الأهلية في مسألتين اثنتين:

أولاهما ـ عدم قدرة المتزوج من امرأة واحدة، على الإنفاق على زوجة ثانية، فقد أعطى القانون الحق للقاضي بأن لا يأذن بمثل هذا الزواج كأنه يرى من أهلية الزواج أن يكون قادراً على الإنفاق على الزوجتين معاً، وسيأتي هذا البحث عند الكلام على المحارم من النساء، وكان الأولى تأخيره في القانون إلى ذلك الموضع.

ثانيهما ـ التناسب بين الخاطبين في السن، فقد أجاز القانون للقاضي أن لا يسمح بالزواج بين رجل وامرأة غير متناسبين سناً ـ كأن تكون الفتاة في سن الخامسة عشرة، والزوج في سن الستين مثلاً ـ وقيد ذلك بما إذا لم تكن هنالك مصلحة في هذا الزواج، وهذا من قبيل السياسة الشرعية أخذاً بمبدأ «الاستصلاح» فإن المشاهد أن الزواج في مثل هذه الحالة ينتج آثاراً سيئة، ومن أهمها عدم عصمة الزوجة من الفتنة، وعدم استطاعة الزوج أن يعاشر فتاته بما يحقق الغرض الأصلي من الزواج.

وكثيراً ما يكون الباعث على مثل هذا الزواج من قبل أولياء الفتاة، رغبتهم في الاستفادة المالية أو الاجتماعية من الزوج المسن، وهو باعث غير كريم، فالله جعل الزواج سكناً للنفس، ومن هنا يجب أن يفهم أن المصلحة التي قيّد القانون بها السماح بالزواج بين المتباينين سناً، هي المصلحة التي يقرها الشرع أو الباعث الاجتماعي النبيل، وليس من ذلك الرغبة في مال الزوج المسن، أو قصد الاستمتاع بجمال الفتاة الشابة.

وإليك نص المادة في هذا الشأن:

المادة ١٩ - إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً، ولم يكن مصلحة في هذا الزواج، فللقاضي أن لا يأذن به.

ولا نعلم سنداً لهذا الحكم، إلا السياسة الشرعية التي تبيح للحاكم أن يمنع المباح أحياناً، إذا كانت تترتب عليه أضرار.

نعم قد نص الفقهاء على كراهية أن يزوج الولي البنت من الهرم الكبير ففي الباجوري على ابن قاسم (٢/ ١١٢): «ويكره أن يزوج الولي (الأب أو الجد) البنت من كبير هرم».

وفي حاشية قليوبي على المنهاج (٣/ ٢٣٦): ويصح أن يزوج بنته الصغيرة بهؤلاء (عجوز وأعمى ومقطوع الأطراف) وإن حرم عليه، قاله الجمهور.

ويلاحظ أن الحرمة التي قال بها الجمهور في مثل هذا الزواج تعني الإثم عند الله تعالى، لا عدم الصحة، وإذا كانت السياسة الشرعية تبيح للحاكم أن يمنع المباح فأولى أن تبيح له عدم الإذن بالعقد المحرّم.

الفصل الثالث

الولاية في الزواج

معنى الولاية:

الولاية في اللغة المحبة والنصرة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَلَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ فَإِنَّ حِزْبَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْغَـٰلِبُونَ ﴿٥٦﴾﴾ [المائدة].

وفي اصطلاح الفقهاء هي: «**تنيفذ القول على الغير**[1] **والإشراف على شؤونه**» والمراد بالغير هنا، القاصر والمجنون والبالغة في ولاية الاختيار، ويسمى من أعطته الشريعة هذا الحق «ولياً» ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وإنما شرعت الولاية حفظاً لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم حتى لا تضيع وتهدر، والإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، فمن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر.

أقسام الولاية:

يقسم الفقهاء الولاية إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معاً.

أما الولاية على النفس فهي في مسائل أهمها الزواج، وتكون للأب والجد وسائر الأولياء على ما سيأتي معنا تفصيله، وأما الولاية على المال فهي للأب والجد ووصيهما أو وصي القاضي، وأما الولاية على النفس والمال معاً، فلا تكون

---

(١) البحر: ٣/ ١١٧ ويعرّفها أكثر الفقهاء بأنها: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وهذا التعريف لا يشمل إلا ولاية الإجبار.

إلا للأب والجد؛ لأن ولايتهما تشمل الإشراف على شؤون الصغار في المال والزواج. ونقتصر في بحثنا الآن على الولاية على النفس، أما الولاية على المال فستأتي في القسم الثاني من هذا الكتاب.

ولاية النفس:

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار، وولاية اختيار.

أما الإجبار فهي ولاية الأب أو الجد ـ أو غيرهما على الخلاف السابق ـ على الصغار والمجانين، وقد قدمنا القول في بحث زواج الصغار، أن جمهور الفقهاء يثبتون هذه الولاية من حيث يمنعها القانون، إذ يشترط العقل والبلوغ في أهلية الزوجين للزواج.

وأما ولاية الاختيار، وتسمى ولاية الشركة، فهي في رأي جمهور الفقهاء تثبت للولي على البالغة العاقلة، فلا ينعقد الزواج بإرادتها وحدها، ولا بصيغتها بل لا بد من إرادة وليها وصيغته أو صيغة وكيله، وهي عند أبي حنيفة ولاية استحباب، فيجب استئذانها، ويستحب أن يعقد الولي العقد نيابة عنها[١] كما تقدم.

أسباب الولاية:

للولاية على الغير سببان: القرابة، والولاية العامة[٢]. وسنبحث في كل منهما.

ولاية القرابة وترتيبها:

قدمنا الخلاف بين الفقهاء فيمن له ولاية الإجبار بالنسبة للصغار، أما الولاية فيمن عداهم، فيتفق جمهور الفقهاء على أنها للعصبة، ويختلفون في ترتيبهم وفق البيان التالي:

مذهب المالكية:

الولاية عند المالكية معتبرة بالتعصيب، إلا الابن، فمن كان أقرب عصبة كان

---

(١) الفتح: ٣/ ١٥٧.

(٢) يذكر الفقهاء سببين آخرين لم يبق لهما وجود: وهما الملك، كملك السيد تزويج أمته؛ والولاء كملك المعتق تزويج من أعتقه.

أحق بالولاية، والأبناء عندهم أولى من الآباء، وهكذا أبناؤهم وإن نزلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم بنو الإخوة الأشقاء، ثم بنو الإخوة لأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومة وأبناؤهم وإن نزلوا. فإن لم يكن هنالك أحد من هؤلاء، فالسلطان أو نائبه، وفي رواية عن مالك: أن الأب أولى من الابن، واختارها محققو المالكية[1].

مذهب الشافعية:

الولاية عندهم معتبرة بالتعصيب، إلا أنه لا ولاية للابن عندهم، إلا أن يكون حاكماً فله الولاية بذلك لا بالبنوة، لأنه ليس بمناسب لها، فلا يلي زواجها كخالها، ولأن طبعه ينفر من تزويجها، فلا ينظر في مصلحتها[2]. وترتيب الأولياء عندهم كما يلي: الأب، ثم الجد العصبي (أبو الأب) وإن علا، ثم الأخ للأب والأم، ثم ابن الأخ للأب والأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ للأب، ثم العم، ثم ابنه، فإذا عدم هؤلاء فالولاية للحاكم[3].

مذهب الحنابلة:

الولاية عندهم للعصبات على الترتيب التالي: الأب ثم الجد العصبي وإن علا، ثم الابن وابنه وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهم وإن نزلوا، ثم العم، ثم بنوه وإن نزلوا، ثم أعمام الأب. ثم بنوهم وإن نزلوا، ثم أعمام الجد، ثم بنوهم وإن نزلوا، فإن لم يوجد واحد من هؤلاء فالحاكم[4].

مذهب الحنفية:

الولاية عندهم للعصبة أولاً على الترتيب التالي: الابن وابنه وإن نزل، ثم الأب، ثم الجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق؛ ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الأب الشقيق، ثم أبناؤه، ثم عم الجد الشقيق ثم أبناؤه، ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤه وإن نزلوا.

هذا هو الترتيب المعتمد عند فقهاء الحنفية، بالنسبة للعصبات ولا بد من ذكر خلافيتين في هذا الترتيب:

---

(١) انظر الخرشي على خليل.

(٢) المغني: ٧/٣٤٧.

(٣) البجيرمي على الخطيب: ٣/ ٣٤٠.

(٤) المغني: ٣/ ٣٤٦.

١ ـ ما ذكرناه من تقديم الابن على الأب هو رأي أبي حنيفة والصاحبين في ولاية الصغار، وخالف محمد في المعتوهة، فقدم الأب فيها على الابن لأنه أوفر شفقة وأكثر خبرة.

٢ ـ ما ذكرناه من تقديم الجد على الإخوة هو الصحيح المعتمد في مذهب الحنفية، وروى الكرخي (من فقهاء الحنفية) أن هذا رأي أبي حنيفة فحسب، أما أبو يوسف ومحمد؛ فالجد والأخ يشتركان في الولاية عندهما، ولكن الصحيح أن تقديم الجد على الأخ متفق عليه بين الإمام وصاحبيه[١].

ولاية ذوي الأرحام:

فإذا لم يكن هنالك عصبات، كانت الولاية بعد ذلك للحاكم عند أبي يوسف ومحمد، ولا ولاية للأم ولا للأخوات ولا لذوي الأرحام، لأن النص اقتصر في الولاية على العصبات في قوله ﷺ: **«النكاح إلى العصبات»**[٢] ولأن الولاية إنما تثبت صوناً للقرابة عن أن ينتسب إليها غير الأكفاء ولا يحرص على ذلك إلا العصبات، أما ذوو الأرحام فإنهم ينسبون إلى الأم فلا يلحقهم العار بغير الكفء[٣].

وقال أبو حنيفة: إذا فقد العصبات انتقلت الولاية إلى الأم، ثم للبنت إذا كانت أمها مجنونة، ثم بنت الابن، ثم بنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم بنت بنت البنت، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخ أو الأخت لأم، ثم أولادهم، ثم ذوو الأرحام. فإذا فقد هؤلاء انتقلت الولاية إلى الحاكم، وحجته في جعل الولاية بعد العصبات لهؤلاء، أن استحقاق الولاية باعتبار الشفقة الموجودة في القرابة، وهذه الشفقة موجودة في الأم وقرابتها كما توجد في قرابة الأب، فتثبت لهم ولاية التزويج أيضاً، إلا أن قرابة الأب يقدمون باعتبار العصوبة، فإذا لم يوجدوا انتقلت الولاية إلى قرابة الأم كما في الميراث، حيث يقدم العصبات على ذوي الأرحام ويؤيد ذلك أن امرأة عبد الله بن مسعود زوجت بنتها ـ من غيره ـ وأجاز عبد الله ذلك[٤].

---

(١) فتح القدير: ٣/ ١٧٥.

(٢) روي عن علي مرفوعاً وموقوفاً.

(٣) فتح القدير: ٣/ ١٨٢.

(٤) المبسوط: ٤/ ٢٢٣.

عند الشيعة:

وذهبت الشيعة الجعفرية إلى أنه ليس لأحد كائناً من كان، الولاية في الزواج ولا في غيره على الفتاة البالغة الراشدة، ولا على الفتى الراشد، فكل منهما يملك أمره ويستقل بعقد زواجه على من يشاء، وإنما تثبت الولاية في الزواج بأسباب ثلاثة: الصغر، والجنون، والسفه، والولاية على الصغير والصغيرة للأب والجد أبي الأب فإن لم يكونا فللحاكم الشرعي، أما في المجنون والسفيه، فيستقل القاضي بولاية العقد مع وجود الأب والجد، إذا طرأ الجنون والسفه بعد البلوغ، وإن اتصل الجنون والسفه بالصغر، فلا ولاية للحاكم مع وجود الأب أو الجد[١].

مواطن الاتفاق والاختلاف:

مما تقدم يتبين لنا أن الأئمة الأربعة اتفقوا على جعل الولاية في الزواج للعصبات. وانفرد أبو حنيفة بإثبات الولاية للأم وقرابتها من ذوي الأرحام عند فقد العصبات، وخالف الشيعة جماهير العلماء بحصر الولاية في الأب والجد فحسب ـ بالنسبة للصغار ـ دون بقية العصبات.

موقف القانون:

وقد أخذ القانون برأي الجمهور في قصر الولاية على العصبات وإليك نص المادة:

المادة ٢١ ـ الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً.

ويلاحظ أن هذه المادة لم تمنح حق الولاية إلا للعصبات المحارم؟ فمنعت ولاية غير المحارم كابن العم مثلاً؟ وهو رأي جديد لم يقل به أحد الفقهاء، ولعل السبب في ذلك هو ما يقع في بلادنا ـ وخاصة لدى القرويين ـ من تحكم ابن العم في زواج بنت عمه، ورغبته في الاستئثار بها دون غيره من الأكفاء ولو كانت غير راضية به، ولكن هذا المحظور مرفوع في القانون نفسه، إذ منع الأولياء من تزويج الصغار، ولم يشترط في زواج المراهقين غير موافقة الأب أو الجد، وجعل للبالغة حق اختيار الزوج، فلم يبق لابن العم مجال للتحكم في منع بنت عمه من الزواج،

---

(١) الفصول الشرعية مادة ٢٧/ ٣١.

وإنما له حق الاعتراض على من تختاره من الأزواج، فإذا وجد القاضي أنه كفء وأن اعتراض ابن العم في غير محله، أذن بالزواج، لهذا نرى أن اشتراط المحرمية في الولي خلافاً لأقوال الفقهاء لا مبرر له.

شروط الولي:

يذكر الفقهاء ثلاثة شروط للولي في الزواج[1]:

١ ـ العقل فلا ولاية للمجنون أو المعتوه في الزواج، لأنه ليس له ولاية على نفسه في الزواج فأولى أن لا يكون أهلاً للولاية على غيره.

٢ ـ البلوغ فلا ولاية للصبي على غيره في الزواج، لأنه لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية له على غيره بالأولى.

٣ ـ اتحاد الدين بين الولي والمولَّى عليه، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غير المسلم، وذلك لأن الولاية في الزواج مبنية على التعصيب في الإرث ولا توارث مع اختلاف الدينين.

هذه هي الشروط المتفق عليها بين الفقهاء، واختلفوا في اشتراط العدالة فذهب الأكثرون إلى عدم اشتراطها في الولي، لأن مناط الولاية هي التعصيب لوفرة الشفقة، وهذه لا يختلف أمرها بين العدل وغيره، ولأن اشتراط ذلك يؤدي إلى حرج كبير، والعمل في العصور الإسلامية المختلفة منذ عهد النبي ﷺ قائم على عدم منع الولي غير العدل من تزويج أولاده وبناته، فدل ذلك على عدم اشتراط العدالة.

موقف القانون:

اشترط القانون في الولي أن يكون عاقلاً بالغاً، ولم يشترط اتحاد الدين بينه وبين المولَّى عليه، ولعل ذلك لأن هذا من الأحكام الخاصة بالمسلمين كما تنص عليه المادة ٣٠٨ من القانون، ولقد كان الأولى ذكر هذا الشرط بصراحة وإليك نص القانون:

المادة ٢٢:

١ ـ يشترط أن يكون الولي عاقلاً بالغاً.

---

(١) ويذكرون شرطاً رابعاً وهو الحرية، ولم يبق له معنى الآن.

تعدد الأولياء:

إذا لم يكن لمريد الزواج إلا ولي واحد، كان هو المنفرد بالولاية، وإن كان هناك أكثر من واحد، قدم الأقرب في التعصيب على الأبعد ـ على ترتيب الميراث ـ فالابن مقدم على الأب أو الجد وإن علا، ثم الجد مقدم على الأخ أو ابنه وإن نزل، ثم الإخوة أو أبناؤهم مقدمون على الأعمام، فإن استووا في جهة القرابة بأن كانوا جميعاً من الفروع أو الأصول، قدم الأقرب درجة على الأبعد، فالابن مقدم على ابن الابن، والأب مقدم على الجد، والأخ ولو كان لأب مقدم على ابن الأخ الشقيق، وهكذا، فإن استووا في الجهة والقرب قدم الأقوى في درجة القرابة، فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب، وابن الأخ الشقيق مقدم على ابن الأخ لأب، فإن استووا في الجهة والدرجة وقوة القرابة كالأخوين الشقيقين أو العمين فالمرجح في مذهب أبي حنيفة أن كلاً منهما يكون ولياً، وأيهما عقد الزواج أو وافق على عقده جاز، فإذا زوج كل منهما على انفراد، فإن علم المتقدم منهما كان هو الصحيح، وألغي المتأخر، وإن لم يعلم لم يصحا، لأنه لا وجه لترجيح أحدهما على الآخر.

هذا ولم يتعرض القانون لهذه الحالة الأخيرة وهي ما إذا عقد كل منهما العقد، ومقتضى المادة ٣٠٥[١] أن الحكم هو ما ذكرناه.

وإليك نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢ وكان ينبغي أن تكون مادة مستقلة:

٢ ـ إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز.

غيبة الولي:

إذا تعدد الأولياء كأب وأخ وغاب الولي الأقرب (الأب) فهل للأبعد أن يتولى عقد الزواج؟

إن لم يكن في الأمر اضطرار وكان من الممكن تأخير العقد حتى يحضر من غير أن يلحق المولى عليه ضرر بذلك، وجب انتظار عودته، ولا تنتقل الولاية إلى الأبعد، وإن كانت المصلحة تفوت بانتظار عودته أو أخذ رأيه انتقلت الولاية إلى

---

(١) وهي: كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي.

الأبعد، لأن ولاية الأقرب لوفور الشفقة فيكون أكثر حرصاً على المصلحة ممن عداه، فإذا غاب بحيث تفوت المصلحة، لـم تتحقق الغاية التي من أجلها أعطي الأولوية، فتنتقل إلى غيره.

وكذلك تنتقل الولاية إلى الأبعد إذا عضلها الأقرب من الزواج بكفء، وكذا إذا فقد الأقرب شرطاً من شروط الولاية، أو تبين أن الأب أو الجد سيء الاختيار.

وقد نصت المادة ٢٣ على بعض هذه الأحكام فقالت:

إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية إلى من يليه.

بقي ما إذا غاب الولي الوحيد حيث لا ولي غيره وكان في انتظار رأيه فوات مصلحته في التزوج؛ الحكم في هذه الحالة كالحالة السابقة من حيث زوال ولايته وتنتقل الولاية حينئذ إلى القاضي، إذ بغيبته أصبح المولى عليه لا ولي له، والقاضي ولي من لا ولي له.

فقد الأولياء:

إذا انعدم الأولياء على مختلف مراتبهم انتقلت الولاية إلى القاضي، لأن القاعدة العامة أن من كان في حاجة إلى من يتولى أموره ولم يكن له من يقوم بهذا الأمر من أقربائه، وجب على ولي الأمر أن يتولى شأنه ويحقق له مصلحته ويسعى برفع الظلم عنه، والقضاة منصوبون لمثل هذه الأمور وغيرها من مصالح الناس. والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**السلطان ولي من لا ولي له**»[1].

وبهذا الحكم نطقت المادة ٢٤.

القاضي ولي من لا ولي له.

حدود ولاية القاضي:

إذا ثبتت الولاية للقاضي عند فقد العصبات كان له أن يزوج المولّى عليه من كل كفء تتحقق فيه المصلحة إلا من ثلاثة:

---

(١) هذا جزء من حديث رواه أبو داود والترمذي وغيرهما.

١ ـ من نفسه، فلا يجوز له أن يعقد الزواج لنفسه على من له الولاية العامة عليه، لأن ذلك محل تهمة.

٢ ـ من أحد أصوله كأبيه أو جده، لمحل التهمة أيضاً.

٣ ـ من أحد فروعه كابنه أو ابن ابنه وإن نزل لمحل التهمة كذلك.

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٥ :

ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه.

الفصل الرابع

الكفاءة

شروط اللزوم:

يذكر فقهاء الحنفية أربعة شروط للزوم العقد:

الأول: أن يكون الولي في إنكاح الصغيرة والصغير هو الأب أو الجد، فإن كان غير الأب والجد من الأولياء كالأخ والعم لا يلزم النكاح بل يثبت لهما الخيار بعد البلوغ، وذلك على قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء فلا يثبت لهما الخيار بعد البلوغ[1].

وقد قدمنا أن القانون مشى على عدم صحة زواج الصغار، ولذلك لم يرد فيه هذا الشرط من شروط اللزوم.

الثاني: أن يكون الزوج خالياً من العيوب الجنسية، وسيأتي بحث ذلك في التفريق للعلل في مباحث الطلاق.

الثالث: أن تزوج المرأة نفسها بمهر المثل، فإذا زوّجت نفسها بأقل من مهر المثل مقدار ما لا يتغابن فيه الناس كان العقد غير لازم، وجاز للأولياء الاعتراض، فإما أن يبلغ الزوج إلى مهر مثلها أو يفرق بينهما.

وهذا على قول أبي حنيفة رحمه الله، وحجته في ذلك أن للأولياء حقاً في المهر، باعتبار أنهم يفتخرون بغلاء المهر، ويتعيرون بقلته، فيلحقهم بما دون مهر المثل ضرر التعيير، فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض كما يعترضون بعدم الكفاءة.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس مهر المثل شرطاً للزوم العقد، بل يكون

---

(١) البدائع: ٢/ ٣١٥.

العقد لازماً بدونه، لأن المهر حقها خالصاً، فكانت برضاها أقل من مهر المثل متصرفة في خالص حقها، كما إذا رضيت في البيع بأقل من الثمن، وفي الإجارة بأقل من الأجرة، فليس لأحد من أوليائها حق الاعتراض في ذلك[1].

وقد اختار القانون قول الصاحبين فألغى اعتبار مهر المثل شرطاً للزوم العقد، ذلك لأن الشريعة تعتبر المهر رمزاً لكرامة المرأة لا ثمناً، ومن المقرر أن المهر ملك للزوجة وحدها لا يملك أحد أوليائها منه شيئاً كما سيأتي.

أما أن يتعير الأولياء بنقصان مهرها عن مهر مثلها فتلك نظرية اجتماعية ضيقة لا يقيم لها الإسلام وزناً، وما زالت قضية المغالاة في المهور من مشكلاتنا الاجتماعية التي تعوق من إقبال الشباب على الزواج.

ولا يصح قياس مهر المثل على الكفاءة، حيث يجوز للأولياء الاعتراض على عدم توفرها كما سيأتي، لأن اعتبار الكفاءة بين الزوجين اعتبار شرعي صحيح، واعتبار إسلامي مسلم به، وهو من أركان السعادة الزوجية واستقرارها، بخلاف المغالاة في المهور.

الرابع: أن يكون الزوج كفؤاً للمرأة، فإن زوجت نفسها من غير كفء لها كان للأولياء حق الاعتراض، فإن ثبت للقاضي عدم كفاءة الزوج حكم بفسخ العقد.

وهذا الشرط متفق عليه بين المذاهب الإسلامية على خلاف في تحديد الكفاءة.

---

(١) البدائع: ٢/٣٢٢.

أبحاث في الكفاءة

ويتعلق بالكفاءة أبحاث نذكر أهمها فيما يلي:

١ ـ تعريف الكفاءة:

الكفاءة في الفقه هي المساواة، تقول: فلان كفء لفلان أي مساو له ونظير ومماثل، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدٌۢ ﴿٤﴾﴾ أي لا يماثل الله تعالى ولا يساويه أحد.

وفي اصطلاح الفقهاء: هي التساوي بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث تتحقق السعادة الزوجية بينهما ويندفع العار أو الحرج عن المرأة أو أوليائها.

٢ ـ دليل اشتراط الكفاءة:

ليس في اشتراط الكفاءة نص من القرآن الكريم وقد جاء فيها بعض الأحاديث:

فقد روى الحاكم والترمذي عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: **«ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤاً»**.

وروى البيهقي والدارقطني عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«ألا لا تزوج النساء إلا الأولياء، ولا يُزوّجْن إلا من الأكفاء»**.

وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: **«تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء»**[1].

وروى محمد في «الآثار» عن عمر رضي الله عنه قال: **«لأمنعن ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»**.

---

(١) انظر فتح القدير: ٣/ ١٨٥، ونصب الراية: ١/ ١٩٧.

وقد قال علماء الحديث عن هذه الأحاديث أنها ضعيفة حتى قال البيهقي: وفي اعتبار الأكفاء أحاديث لا تقوم بأكثرها الحجة.

وقال آخرون: إن هذه الأحاديث الضعيفة يقوي بعضها بعضاً فترتفع إلى مرتبة الحسن، لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ، وفي هذا كفاية[1].

واستدل الشافعي رحمه الله لاشتراط الكفاءة بقوله: وأصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة[2]، لأنه عليه السلام إنما خيرها لأن زوجها لم يكن كفؤاً[3].

واستدل الفقهاء لاشتراط الكفاءة من جهة المعقول بأن النكاح إنما شرع لانتظام مصلحة الزوجين واستتباب دعائم السلام والسعادة بينهما، ولا يتم ذلك إلا بالكفاءة، وإذا عدمت استحال بيت الزوجية إلى شقاء مقيم[4].

ولا شك أن هذا أمر حقيقي فالتفاوت بين الزوجين في أمور اجتماعية معينة سنأتي على ذكرها سبب لشقاء الأسرة، ولحوق الضرر بأولياء الزوجة حيث يعيرون بمهر لا يكافئ ابنتهم، وفي مجتمع كمجتمعاتنا يجب أن تلاحظ هذه الأمور، وقد رأينا بأعيننا إخفاق كثير من حالات الزواج بسبب التباين بين الزوجين.

ولذلك فاشتراط الكفاءة أمر يقره النظر العلمي، والعمل المستمر عليه في بيئاتنا منذ العصور الإسلامية حتى اليوم.

٣ ـ هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم؟

المذاهب الإسلامية وفقهاء الإسلام متفقون على اشتراط الكفاءة إلا ما روي عن الثوري وإليه ذهب مالك والكرخي من فقهاء الحنفية، من أن الكفاءة غير شرط، فكل مسلم كفء لكل مسلمة، والناس جميعاً متساوون أمام الله لا فرق بين إنسان وآخر إلا بالتقوى والعمل الصالح، وهذا ما تعلنه الآية الكريمة بكل وضوح: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ﴾ [الحجرات: ١٣].

---

(١) فتح القدير: ٣/ ١٨٥.
(٢) هي أمة كانت زوجة لعبد ثم أعتقت فرفضت أن تبقى معه (انظر البخاري).
(٣) نصب الراية: ١٩٧، وتلخيص الحبير لابن حجر: ٢٩٩.
(٤) انظر الهداية وشروحها: ٣/ ١٨٧.

وأجاب الجمهور بأن هذا عند الله تبارك وتعالى. ولا كلام لنا فيه، وإنما الكلام في الزواج وهو من شؤون الدنيا، والناس متباينون، غير متماثلين بلا ريب.

ومن أمعن النظر في أدلة المخالفين وجد أنهم ينكرون الكفاءة فيما عدا التقوى والاستقامة، ومعنى ذلك أنهم يشترطون الكفاءة فيها دون ما عداها ويحصرونها في هذه الحدود، وبذلك يكونون مع الجمهور في اشتراط أصل الكفاءة دون تحديد لمفهومها ومدلولها.

ثم اختلف الجمهور هل الكفاءة شرط صحة فلا يصح العقد بدونها؟ أم شرط لزوم، بحيث يصح العقد بدونها ولكنه لا يكون لازماً؟

المفتى به في المذاهب الاجتهادية أن الكفاءة شرط لزوم، فمن تزوجت غير كفء كان لأوليائها حق الاعتراض إلا أن يسقطوا حقهم في الاعتراض فينفذ؛ قالوا: ولو كانت الكفاءة شرط صحة لما صح ولو أسقط الأولياء حقهم في الاعتراض، لأن شرط الصحة لا يسقط بالإسقاط.

وهنالك قول في المذهب الحنبلي بأن الكفاءة شرط صحة، فلا ينعقد العقد بدونها، وبمثل ذلك قال بعض فقهاء الحنفية ومال إليه بعض متأخريهم وأفتوا به، وعللوه بأنه لو زوّجت نفسها من غير كفء فإن ضرر الأولياء بذلك قلما يرتفع، لأنه ليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة، ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك الوالي المخاصمة أنفة للتردد على أبواب الحكام، واستثقالاً لنفس الخصومات، فيتقرر الضرر، فكان القول بعدم صحة العقد في هذه الحالة أحوط في دفع الضرر[1].

ولكن الحق هو أن الكفاءة شرط لزوم: وبهذا أخذ القانون حيث قال في المادة ٢٦ ـ **يشترط في «لزوم» الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة.**

ونصت المادة ٢٧ على أنه **إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفؤاً «لزم» العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.**

٤ ـ بماذا تكون الكفاءة؟

هنالك أشياء اتفق الجمهور على وجوب اعتبارها في الكفاءة، وأشياء اختلفوا فيها، وأشياء اتفقوا على عدم اعتبارها.

---

(١) ابن عابدين: ٢/٢٩٧.

أ ـ فالذي اتفقوا عليه في اعتبار الكفاءة: الدين.

والدين يطلق بمعنيين:

الأول: بمعنى النحلة والملة، كالإسلام والنصرانية واليهودية، وهو بهذا المعنى شرط في صحة عقد المسلمة على زوجها قولاً واحداً، فلا يصح زواج المسلمة من غير المسلم إجماعاً، وإذا وقع كان باطلاً، وسيأتي الكلام عنه، وليس هذا مما يراد في بحث الكفاءة.

ومن المتفق عليه أن المسلمة يصح زواجها بالمسلم وإن اختلف مذهباهما ما دام المذهب في حدود دائرة الإسلام، فيجوز زواج المسلمة الحنفية بزوج شافعي، والسنّية بزوج شيعي، وقد قال أكثر الإمامية بعدم صحة زواج الشيعية الإمامية من مخالف لها ولو كان شيعياً غير إمامي، وهذا أمر غريب انفردوا به من بين المذاهب الإسلامية كلها[1].

أما بالنسبة إلى الزوج المسلم فلا يشترط أن تكون زوجته مسلمة، بل يجوز أن تكون ذات دين سماوي كاليهودية والنصرانية، وهذا متفق عليه أيضاً إلا عند الشيعة الإمامية فإنهم لا يجوزون مثل هذا العقد على أشهر الأقوال عندهم[2].

الثاني: بمعنى التقوى والصلاح، وقد ذهب جمهور الفقهاء بما فيهم مالك والثوري والكرخي إلى اشتراط الكفاءة في ذلك بالنسبة للزوج، فلا كفاءة بين زوج متحلل من آداب الإسلام وأحكامه، غارق في معاصيه وآثامه، وبين زوجة صالحة أو فاسقة بنت رجل صالح.

وخالف محمد من أصحاب أبي حنيفة جماهير الفقهاء في ذلك، فقال: لا تشترط الكفاءة في التقوى والصلاح، إلا إذا كان الفاسق مستهتراً بحيث يصفع ويسخر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان، لأنه مستخف به، أما إذا لم يكن كذلك فالعقد جائز لازم، لأن التدين والتقوى من أمور الآخرة فلا تنبني عليه أحكام الدنيا.

وقد أفتى بعض فقهاء الحنفية بقول محمد، وجمهورهم على خلافه[3].

ب ـ ومما اختلفوا في اشتراط الكفاءة فيه:

---

(١) انظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: ٢/ ١٠٠.

(٢) انظر المصدر السابق: ٢/ ٩٨. (٣) ابن عابدين: ٢/ ٣٢٠.

١ ـ **الحرية**: وقد اشترطها فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، فلا كفاءة بين زوج عبد وبين زوجة حرة، ولم تشترطها بقية المذاهب الإسلامية.

وراعى فقهاء الحنفية والشافعية حرية الأصل، فمن كان عبداً ثم أعتق لم يكن كفؤاً لمن أبوها حر، أو كان أبوها معتقاً وأمها حرة الأصل. ومن كان أبوه حراً كان غير كفء لمن له أبوان في الحرية، وهكذا[١].

٢ ـ **النسب**: فقد اشترطت الكفاءة فيه المذاهب الاجتهادية الثلاثة: الحنفي، والشافعي، والحنبلي، وبعض أئمة الشيعة الزيدية[٢].

وحجتهم في ذلك قول عمر رضي الله عنه: لأمنعن ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، قيل له: وما الأكفاء؟ قال: في الأحساب[٣].

وعلى هذا فليس العجمي كفؤاً للعربية في هذه المذاهب.

وذهب مالك وشيخ الإسلام ابن تيمية[٤] (من فقهاء الحنابلة) وبقية المذاهب الاجتهادية إلى عدم اشتراط الكفاءة في النسب، وأن العجمي كفء للعربية[٥].

وحجتهم في ذلك الآية الكريمة: ﴿إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ﴾ وقوله ﷺ: **«الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى»** والذين اشترطوا النسب اختلفوا بعد ذلك.

فمنهم من قال: إن كل العرب أكفاء بعضهم لبعض، وبذلك قال الإمام زيد إمام الشيعة الزيدية، وهو رواية عن أحمد وقد اختارها فقهاء مذهبه وأفتوا بها.

ومنهم من قال: قريش بعضهم أكفاء لبعض، وغير قريش من العرب بعضهم

---

(١) المصدر السابق: ٢/٣١٩، ونهاية المحتاج: ٦/ ٢٥١.
(٢) انظر البحر الزخار: ٣/٤٨.
(٣) رواه محمد في «الآثار» وأبو بكر الخلال (المغني: ٧/ ٣٧٥).
(٤) حاشية المقنع: ٣/ ٣١.
(٥) هذا من أوضح الأدلة على عظمة الأئمة المجتهدين وإخلاصهم للحق وبعدهم عن الأهواء والعصبيات، فأبو حنيفة الفارسي الأصل يرى أن العجمي ليس كفؤاً للعربية، ومالك العربي يرى أن العجمي كفؤ لها، وكل منهما اتبع الدليل لا العصبية ولولا ذلك لكان مالك يرى عدم مساواة الأعجمي للعربية، ولكان أبو حنيفة يرى مساواته لها، ولكنهم يتبعون الدليل أينما كان. رضوان الله عليهم.

أكفاء لبعض. وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه، وهو أحد الروايتين عن أحمد، وإلى ذلك ذهب الشافعي وأصحابه[1]، وزادوا على ذلك أن غير الهاشمي والمطلبي من قريش لا يكون كفؤاً لهما، وأن النسب يعتبر في العجم كما يعتبر في العرب.

وقد نصوا على أن شرف العلم يعوض شرف النسب بل هو فوقه، فالعالم العجمي كفء للعربية الجاهلة[2].

٣ ـ **المهنة**: وقد اشترط الكفاءة فيها كل من أحمد والشافعي وأبي يوسف ومحمد، وذلك أن المهن تتفاوت شرفاً ودناءة، فلا يكون الدباغ مثلاً كفؤاً لبنت التاجر أو البزاز أو العطار.

وقال أبو حنيفة: لا تشترط الكفاءة في المهنة[3].

ومما تنبغي ملاحظته أن الذين اشترطوا الكفاءة في المهنة تعرضوا لذكر المهن الدنيئة والشريفة، وذلك بناءً على ما كان متعارفاً في زمانهم، والمحققون على أن هذا يختلف باختلاف العرف، فما كان يعتبر دنيئاً من المهن قد يعتبر اليوم من المهن الشريفة[4].

ومما ينبغي ذكره هنا أن الفقهاء اعتبروا أتباع الظَلَمة من أخس أصحاب المهن وإن كانوا ذوي جاه وأموال كثيرة لأنهم من آكلي دماء الناس وأموالهم[5].

٤ ـ **اليسار**، وقد اشترط الكفاءة فيه أبو يوسف والحنابلة وقول للشافعية والمراد باليسار القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، لا الغنى والثراء.

وحجتهم في ذلك أن الموسرة إذا تزوجت بمن لا يملك المهر ولا يقدر على الإنفاق عليها وعلى أولادها؛ يلحقها من الضرر ما لا ينكر.

ولم يشترط ذلك بقية الفقهاء مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢].

---

(١) نهاية المحتاج: ٦/٢٥٢. (٢) ابن عابدين: ٢/٣٢٣.

(٣) يعلل فقهاء الحنفية الخلاف بين أبي حنيفة وبين أبي يوسف ومحمد في اشتراط الكفاءة في المهنة بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف دليل وبرهان وأن كل بلد عادتهم التعيير والتفاخر في الحرف يعتبر فيه الكفاءة (انظر التحفة: ٢/٢٣٠، وابن عابدين ٢/٣٢١).

(٤) فتح القدير: ٣/١٩٣. (٥) ابن عابدين: ٢/٣٢٢.

٥ ـ **إسلام الآباء**: وهو من عناصر الكفاءة لغير العرب عند فقهاء الحنفية والشافعية، فمن أسلم بنفسه لم يكن كفؤاً لمن كان أبوها مسلماً، ومن له أب واحد في الإسلام لم يكن كفؤاً لمن لها أبوان أو أكثر في الإسلام.

ولم يعتبر ذلك بقية المذاهب الاجتهادية.

٦ ـ **السلامة من العيوب الجنسية**: وقد اعتبر ذلك من الكفاءة عند فقهاء الشافعية، فقد قالوا: إن من به جنون أو جذام أو برص لا يكافئ ولو من كانت مصابة بهذه الأمراض، ولو كان ما بها أقبح، لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه.

أما العيوب التي لا تثبت الخيار كالعمى وقطع الأطراف وتشوه الصورة، فلا تؤثر في الكفاءة على المعتمد عندهم.

وقد ذهب بعضهم إلى أن كل ما يؤدي إلى فتور العاطفة الجنسية يؤثر في الكفاءة، ونص بعضهم على أن الشيخ (الكبير السن) ليس كفؤاً للشابة. وليس هذا بمعتمد في الفقه الشافعي، وإن كان من المستحسن مراعاة ذلك[١].

ولم تعتبر بقية المذاهب السلامة من العيوب الجنسية من عناصر الكفاءة، لأن النكاح لا يبطل بعدمها، ولأنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها، وذلك حق خالص لها وضرره مختص بها وحدها[٢].

٧ ـ **العقل**: ولم يتعرض له الفقهاء الأقدمون، واعتمد المتأخرون اعتباره من الكفاءة، فالمجنون ليس بكفء للعاقلة، لأنه يفوت مصالح النكاح، والناس يعيرون بتزويج المجنون أكثر من ذي الحرفة الدنيئة[٣].

جـ ـ واتفقوا على أنه لا يعتبر في الكفاءة كل ما عدا ما ذكر سابقاً ومن ذلك:

١ ـ الجمال والقبح، فالقبيح كفؤ للجميلة، لكن النصيحة أن يراعي الأولياء المجانسة في الجمال[٤].

٢ ـ الكرم والبخل، فالبخيل كفؤ للكريمة أو بنت الكريم.

---

(١) تحفة المحتاج: ٦/ ٢٥١.
(٢) المغني: ٧/ ٣٧٧.
(٣) ابن عابدين: ٢/ ٣٢٤.
(٤) ابن عابدين: ٢/ ٢٢٤.

٣ ـ المدينة والقرية، فالقروي كفء للمدنية.

٤ ـ الطول والقصر، فالقصير كفء للطويلة، قالوا: إلا إذا كان مفرطاً في القصر بحيث تزدريه الأعين ففيه نظر!

٥ ـ الكفاءة في القانون:

تلك هي الكفاءة في المذاهب الفقهية، ويتبين لنا من اختلافهم في تحديدها ومدلولها أن ليس لدى الفقهاء نص صريح من الكتاب والسنة في تحديد عناصرها غالباً، حتى ما جاء في بعضها من أحاديث، لم تسلم من نقد علماء الحديث، وإنما كان عمدة الفقهاء في اشتراطهم لبعضها دون بعض هو العرف في المجتمعات التي عاشوا فيها، فكل ما كان عدم المماثلة فيه مؤدياً إلى الإضرار بسمعة المرأة أو أوليائها كانت الكفاءة فيه شرطاً للزوم العقد.

ولا ريب أن بعض ما ذكره الفقهاء لا يزال معتبراً في مجتمعاتنا الحاضرة، وبعضها قد تغير نظر الناس إليه، وتلك سنة الحياة، ولذلك كان من الخطأ التقيد تماماً بما ذكره الفقهاء في هذا الموضوع، وكان من الواجب أن تعتبر الكفاءة بحسب عرف الناس اليوم، وبخاصة إذا كان العرف الحديث أقرب إلى روح الشريعة ومبادئها كالكفاءة في النسب، فإن مما لا ريب فيه أن روح الشريعة تؤيد عدم اعتبار الكفاءة في النسب، فالناس أمام القانون والحق سواء، وقيمة الإنسان في المجتمع بما يقدم له من خدمات، وبما يتحلى به من خلق كريم، لا بحسبه ونسبه، وقد قال رسول الله ﷺ: **«من أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه»**[١].

ولهذا ينبغي أن يرجع في تقدير الكفاءة إلى عرف البلد الذي تم فيه عقد الزواج، ومهما قيل في أن الأعراف اليوم لا تزال بعيدة عن المثل العليا في الشريعة، فإننا لا نستطيع تجاهلها في مثل هذا الموضوع، فالزواج عمل اجتماعي يتم في بيئة لها أعرافها ومفاهيمها، فإذا تم في جو تنكره البيئة وتتحدث عنه باستهجان، كان ذلك مؤذياً لسمعة الزوجة وأوليائها ولمستقبل أبنائها من غير شك، كما أن من المؤكد أن مثل هذا الزواج لا يتم في جو عقلي هادئ، وإنما يتم في جو عاطفي غير مستقر ولا دائم، وقل أن تتحقق السعادة الزوجية في مثل هذه الحالات.

---

(١) هذا جزء من حديث صحيح.

فاعتبار عرف الناس اليوم هو الطريق الصحيح إلى معرفة الكفاءة المطلوبة في عقد الزواج، وبهذا أخذ القانون. فقد نص في المادة ٢٨ على أن **العبرة في الكفاءة لعرف البلد**.

٦ ـ الكفاءة من جانب الرجل:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الكفاءة تشترط من الجانبين، فيشترط أن يكون الزوج كفؤاً للمرأة، وأن تكون المرأة كفؤاً للرجل[١].

ولكن جمهور الفقهاء على أن الكفاءة شرط في الرجل فحسب، فالمرأة تعير إذا كان زوجها غير كفء، ولا يعير الرجل إذا كانت زوجته غير مكافئة له[٢]، وهذا هو الحق، وهو الذي أخذ به القانون كما تقدم في المادة ٢٦.

٧ ـ لمن حق الكفاءة؟

حق الكفاءة ملك لكل من الزوجة والولي، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٩.

فإذا أسقطت الزوجة حقها فيها فتزوجت بغير كفء لم يسقط حق الولي في الاعتراض، وإذا أسقط الولي حقه فزوجها من غير كفء وهي لا تعلم، لم يسقط حقها في طلب الفسخ حين تعلم بذلك.

أما إذا زوجها وليها بعلمها ورضاها رجلاً من غير بحث عن كفاءته، ثم اتضح أنه غير كفء فقد سقط حق الزوجة والولي معاً، لأنهما قصرا في البحث عن كفاءة الزوج فاعتبرا راضيين به.

وإذا زوجت المرأة نفسها من رجل ولم تبحث عن كفاءته، ثم علمت أنه غير كفء، فليس لها حق الاعتراض، لأنها أسقطت حقها بتقصيرها في السؤال فاعتبرت راضية به على كل حال.

ومن ذلك يتبين أنه ليس للأم ولا لذوي الأرحام ولا للقاضي حق في الكفاءة.

---

(١) البحر الرائق: ٣/ ١٣٧.

(٢) في بعض الفروع الفقهية ما يدل على أن الكفاءة مشروطة من جانب المرأة بالنسبة للرجل فقد ذكرنا في بحث الوكالة ما لو وكل إنساناً بتزويجه امرأة ما، قال أبو يوسف ومحمد: يجب على الوكيل أن يزوجه امرأة كفؤاً له وقال أبو حنيفة: لا، ولكن هذا خاص بالتوكيل في الزواج فحسب.

٨ ـ عند تعدد الأولياء:

إذا تعدد الأولياء فلمن يكون حق الكفاءة؟ إن تفاوتوا في الدرجة كانت الكفاءة حق الولي الأقرب، كالأب مع الأخ، فإن للأب حق الاعتراض عند عدم الكفاءة دون الأخ.

وإن تساووا في الدرجة، كإخوة أو أعمام، كان الحق للأقوى قرابة، فالأخ الشقيق أحق بالاعتراض من الأخ لأب، والعم لأب وأم أولى من العم لأب.

وإن تساووا في الدرجة وقوة القرابة كالإخوة الأشقاء كان رضا الواحد منهم مسقطاً لحق الآخرين في الاعتراض، واعتبر رضاه رضى منهم جميعاً، لأن الولاية حق لا يتجزأ، وسببها وهو القرابة واحد لا يتجزأ، فيثبت هذا الحق لكل واحد منهم كاملاً، فإذا قام به واحد منهم فكأنهم جميعاً قاموا به. ونظيره حق القصاص إذا أسقطه أحد أولياء القتيل لم يكن للآخرين المطالبة به...

وهذا قول أبي حنيفة وهو الراجح في المذهب الحنفي، وخالفه أبو يوسف فقال: إن رضى أحدهم لا يسقط حق الآخرين لأنه حق مشترك لهم جميعاً كالدين المشترك لا يسقط بإبراء أحد الدائنين.

٩ ـ متى يسقط حق الكفاءة؟

المشهور في مذهب الحنفية أن حق الكفاءة لا يسقط بحال من الأحوال، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وسواء كان قبل الولادة أو بعدها، وهنالك رأي آخر عندهم، وهو أن حق الفسخ قائم قبل الولادة أو الحبل، أما بعدهما فلا يحق طلب الفسخ رعاية لحق الولد وحرصاً على نسبه[١]، وهذا هو الحق وهو الذي أخذ به قانوننا في المادة ٣٠:

يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة.

١٠ ـ متى تراعى الكفاءة؟

الكفاءة المطلوبة يشترط أن تكون قائمة عند العقد بحيث يؤثر فقدها في لزوم العقد كما سبق، فلو كانت قائمة حين العقد ثم زالت بعده لم يكن للمرأة ولا

---

(١) فتح القدير: ٣/ ١٨٧.

للولي حق طلب الفسخ بحجة زوالها؛ لأن الكفاءة شرط ابتداء لا شرط بقاء، واشتراط ذلك إنما كان لمنع الحرج عن الأولياء عند عقد الزواج، ولا عار على المرأة ولا على أوليائها في تغير حال زواجها فيما بعد.

وهذا ما نصت عليه المادة ٣١:

تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده.

١١ ـ التغرير بالكفاءة:

إذا اشترطت المرأة أو الولي الكفاءة عند العقد، أو ادعى الرجل أنه كفء ثم تبين بعد ذلك أن الكفاءة لم تكن قائمة عند العقد، أو أن الزوج كان كاذباً في ادعائها، كان لكل من المرأة والولي حق طلب الفسخ، للتغرير الذي لازم العقد فأفقده حقيقة الرضا، وإلى هذا أشارت المادة ٣٢:

إذا اشترطت الكفاءة حين العقد، أو أخبر الزوج أنه كفء ثم تبين أنه غير كفء، كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد.

شروط النفاذ

يذكر فقهاء الحنفية شرطين لنفاذ الزواج:

الأول: أن يكون كل من العاقدين أهلاً لعقد الزواج بلفظه وعبارته، وذلك بالعقل والبلوغ، فالصبي المميز إذا عقد لنفسه كان عقده موقوفاً على إجازة وليه.

ولما كان قانوننا قد أخذ بعدم انعقاد زواج الصغار مطلقاً، لم يبق لهذا الشرط محل هنا.

الثاني: أن يكون كل من العاقدين ذا صفة تخول له إجراء العقد بأن يكون أحد الزوجين أو وكيلاً أو ولياً، فإذا لم يكن كذلك كان «فضولياً» فيتوقف في «نفاذ» العقد على من عقد له، فإن أجازه نفذ وإلا كان لاغياً.

الفصل الخامس

المحارم من النساء

تنقسم المحرمات من النساء إلى قسمين:

١ ـ محرمات على سبيل التأبيد، ٢ ـ محرمات مؤقتة تزول الحرمة بزوال أسبابها.

المحرمات المؤبدة:

وهي التي تحرم على الرجل أبداً وفي كل حين، لسبب وصف قائم فيها كالبنوة والأمومة، والأخوة، وتنحصر في ثلاثة أسباب:

١ ـ القرابة، ٢ ـ المصاهرة، ٣ ـ الرضاع.

وإليك بيان القول موجزاً في كل واحدة منها:

١ ـ حرمة القرابة:

يحرم على الشخص بالقرابة أربعة أنواع:

أ ـ أصوله وإن علون، كالأم، والجدة من جهة الأب أو الأم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾. ولفظ «الأم» في اللغة موضوع بمعنى الأصل فيشمل الأم والجدة وإن علت.

ب ـ فروعه وفروع فروعه وإن نزلن: كالبنت وبنت البنت. . . وهكذا مهما امتدت سلسلة النسب، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾.

جـ ـ فروع الأبوين وفروع فروعهم وإن نزلن، كالأخت وبنت الأخ، وبنت الأخت، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الأخت أو الأخ لأبوين أو لأب أو لأم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾.

د ـ الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدات، وهن العمات والخالات، أما الطبقة الثانية فما دونها من هذه الفروع، فلا تحرم، كبنات العم أو العمة، وبنات

الخال أو الخالة.. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾.

والبنت تشمل الصلبية وغيرها من فروع الميت.

وعلى هؤلاء المحرمات من طريق القرابة والنسب نصت المادة التالية:

أ ـ المحرمات المؤبدة:

مادة ٣٣ ـ يحرم على الشخص أصوله وفروعه وفروع أبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده.

٢ ـ حرمة المصاهرة:

ويحرم على الشخص بسبب المصاهرة على التأبيد أربعة أنواع:

أ ـ زوجة أصوله وإن علوا، عصبة كانوا، أم ذوي أرحام، وسواء دخل بها الأصل أم عقد عليها ولم يدخل، كزوج الأب والجد أبي الأب والجد أبي الأم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾﴾ والمراد بالنكاح من الآية العقد، فهو سبب للتحريم سواء دخل بها أم لم يدخل.

ب ـ زوجة فروعه وإن نزلوا، سواء كانوا عصبات أم ذوي رحم، وسواء دخل بها الفرع أو لم يدخل، فمجرد العقد كاف في التحريم، وذلك كزوجة الابن أو ابن الابن أو البنت وإن نزلوا. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾. ويلحق بتحريم زوجة الأصول والفروع، موطوءة الأصول أو الفروع عن طريق السفاح أو الزواج الفاسد، لأن مجرد الوطء من قبل أحد الأصول أو الفروع كاف في تحريمها على الرجل، وفي ذلك خلاف الشافعي.

جـ ـ أصول الزوجة وإن علون، سواء دخل بزوجته أو لم يدخل، فمجرد العقد على المرأة يحرم أصولها على الرجل، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾.

د ـ فروع الزوجة وإن نزلن، إذا دخل الرجل بها، فإن لم يكن قد دخل بها فلا يحرم عليه الزواج من فروعها، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

ويلحق بتحريم فروع الزوجة وأصولها، فروع الموطوءة وأصولها، في وطء حرام أو فيه شبهة.

ونحب أن نذكر هنا القاعدة المشهورة في هذا الباب: **«العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات»**.

وإلى هذه الأحكام أشارت المادة التالية:

مادة ٣ ـ يحرم على الرجل:

١ ـ زوجة أصله أو فرعه أو موطوءة أحدهما.

٢ ـ أصل موطوءته أو فروعها، وأصل زوجته.

ويلاحظ هنا أن النص في الفقرة الثانية جاء قاصراً على أصل الزوجة ولم يذكر فروع الزوجة، وسبب ذلك أن الزوجة إن كان الزوج قد دخل بها حرم عليه فروعها بوصف كونها موطوءة، فهي داخلة في قوله: «أصل موطوءته وفرعها» وإن لم يدخل بها فلا يحرم عليه فرعها وهي الربيبة كما تقدم.

٣ ـ حرمة الرضاع:

نص القرآن الكريم على تحريم الأمهات والأخوات من الرضاعة بقوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ كما نصت السنة على التحريم بالرضاعة، كل ما كان مثله يحرم عن طريق النسب في قوله عليه الصلاة والسلام: **«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»**(١).

وفهم جمهور المفسرين والفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة من تحريم الأمهات والأخوات والقريبات من الرضاعة، تحريم الأصهار من الرضاعة أيضاً، قياساً على النسب، وأخذاً من مفهوم الآية والحديث(٢).

وعلى هذا يحرم على الشخص ثمانية أنواع عن طريق الرضاعة، وهي ذات

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) قال الشوكاني في نيل الأوطار ٣١٨/٦: «وقد وقع الخلاف هل يحرم من الرضاع ما يحرم من الصهار؟ وابن القيم قد حقق في ذلك في ـ الهدي ـ بما فيه كفاية، وقد ذهب الأئمة الأربعة إلى أنه يحرم نظير المصاهرة بالرضاع، ونازعهم في ذلك ابن تيمية» والذي ذكره ابن القيم هو أن ابن تيمية قد توقف ورجح أدلة عدم التحريم (انظر: زاد المعاد: ١٦٨/٤).

الأنواع الأربعة عن طريق النسب، والأنواع الأربعة عن طرق المصاهرة، فيحرم على الرجل أن يتزوج أمه أو بنته أو أخته أو عمته من الرضاعة. كما يحرم عليه أن يتزوج زوجة أبيه أو ابنه أو أم زوجته أو بنتها من الرضاعة.

وقد استثنى فقهاء الحنفية من التحريم بالرضاع صوراً كثيرة لا ينطبق عليها حكم التحريم بالرضاع، نذكر منها الأمثلة التالية:

١ ـ أم أخيه أو أخته من الرضاعة لا تحرم عليه، وإن كانت تحرم عليه أم أخيه أو أخته من النسب، لأنها من النسب إما أن تكون أمه أو زوجة أبيه فهي على كل حال تحرم عليه، بينما هي في الرضاع لا تربطها به أية رابطة.

٢ ـ أخت الابن أو البنت من الرضاع لا تحرم عليه لعدم الرابطة بينهما، بينما تحرم عليه أخت ابنه أو ابنته من النسب.

٣ ـ جدة ابنه أو بنته من الرضاع لا تحرم عليه لعدم العلاقة بينهما، بينما تحرم عليه عن طريق النسب.

٤ ـ أم عمه أو عمته من الرضاع، لا تحرم عليه وهي تحرم بالنسب.

٥ ـ عمة ابنه أو بنته رضاعاً لا تحرم عليه وهي تحرم في النسب.

٦ ـ أم خاله أو خالته من الرضاع لا تحرم عليه وهي تحرم في النسب.

٧ ـ أم ابن ابنه أو بنت ابنه من الرضاع لا تحرم عليه وهي تحرم في النسب.

٨ ـ أخت أخيه من الرضاع لا تحرم عليه لعدم العلاقة بينهما.

وإلى هذه الأحكام كلها أشارت الفقرة الأولى من المادة التالية:

مادة ٣٥ ـ ١ ـ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[1] إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه.

---

(١) يلاحظ أن النص قاصر على النسب دون المصاهرة. فإما أن يكون ذلك تأثراً بتوقف ابن تيمية في التحريم كما نقله عنه ابن القيم، وهذا ما نستبعده، وإما أن يكون الاكتفاء بذكر النسب لأنه هو نص الحديث، وهذا هو الراجح، وعلى ذلك فيطبق في أحكام المصاهرة بالرضاعة ما هو المعمول به في المذهب الحنفي وهو ما ذكرناه من الأحكام، كما نصت على ذلك المادة ٣٠٥.

شروط الرضاع المحرم:

هذا وبين الفقهاء خلاف في الرضاع المحرم، هل يثبت بمجرد الرضاع ولو إملاجة واحدة؟ أم لا بد فيه من عدد؟ وهل يثبت بمطلق الرضاع من غير اشتراط سن معينة؟ أم لا بد أن يكون الرضاع في سن محدودة؟ والذي ارتضاه القانون هو:

١ ـ إن الرضاع المحرم ما وقع خلال العامين الأوليين من حياة الرضيع، فلو رضع بعدهما لا تثبت به الحرمة، وهذا مذهب أكثر العلماء.

٢ ـ إن الرضاع المحرم هو ما بلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل واحدة منها بحيث يترك الثدي باختياره، سواء قل مقدار الرضعة أو كثر، أما لو كان يترك الثدي أثناء الرضعة ثم يعود إليه فتلك رضعة واحدة ولا عبرة بتركه الثدي خلالها.

وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة في أرجح الأقوال عندهم، وإلى هذا ذهبت الفقرة الثانية في المادة السابقة كما يلي:

مادة ٣٥ ـ ١ ـ . . .

٢ ـ يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتفي الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر.

مسألة لبن الفحل:

هذا ومما يتصل بأبحاث التحريم مسألة لبن الفحل، وهي أن المرأة إذا أرضعت وليداً بحيث يصبح ابنها في الرضاع، هل تمتد الحرمة إلى زوجها أيضاً فيصبح أباً للرضيع كما أصبحت المرضعة أماً؟

جرى الخلاف فيها قديماً بين الصحابة فمن بعدهم من الفقهاء. فقال بعضهم لا يصبح أباً ولا يحرم عليه الرضيع لو كانت بنتاً، كما أن الرضيع لو كان صبياً لا يحرم عليه بناته، لأن التحريم منشؤه الجزئية التي تمت بواسطة الرضاعة وهذا لا يتحقق بالنسبة للرجل. وذهب جمهور الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين إلى أنه أصبح أباً للرضيع، لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة، فيصير الطفل ولداً للزوج والزوج أباه وأولاد الزوج إخوته، سواء كانوا من تلك الزوجة المرضع أم من زوجة له غيرها.

حكمة التحريم بالرضاع

ونختم هذه الأبحاث بالحديث عن الحكمة في التحريم بالرضاع وهي متعددة الجوانب:

١ ـ إن لبن المرأة ينبت لحم الرضيع وينشز[١] عظمه ـ إذا كان في سن الرضاع ـ فالولد الرضيع من امرأة يكون جزءاً منها حقيقة، وبذلك تكون بالنسبة إليه كالأم الوالدة يرتبط معها برباط الجزئية.

٢ ـ إن المرضع عادة تندمج في أسرة الرضيع فتصبح كواحدة منها، كما أن الرضيع يندمج في أسرة المرضع فيكون كأحد أفرادها، فتغدو الأسرتان ـ بسبب الرضاع ـ أسرة واحدة من حيث الألفة والمودة.

٣ ـ أن التحريم بالرضاع يؤدي إلى توسيع دائرة الأسرة المتحابة التي يجتمع بعضها ببعض في جو من الحب والتقارب ترتفع فيه الحواجز التي تكون بين الرجال والنساء الأجانب، فالولد الرضيع قد أضيف إلى أبيه وأمه وإخوته وأعمامه من النسب أب وأم وإخوة وأقرباء آخرون، وفي هذا نشر لأجواء الالفة التي تربط بني الإنسان وبين عدد أكثر من أقربائه النسبيين، ولا ريب في أن توسيع دائرة الروابط الإنسانية بين الناس أمر محمود الأثر في الحياة الاجتماعية.

٤ ـ إن الإرضاع مظهر من مظاهر الحنو والعطف من المرضع نحو رضيعها فمن المكافأة الحسنة لها أن ترفع عن مقام الاستفراش وقضاء الشهوة.

٥ ـ إن في التشجيع على الإرضاع إحياءً للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم، فإذا عاملت الشريعة المرضعة كما تعامل الأم من الإجلال والحرمة كان في ذلك تشجيع لها على العمل الإنساني الكريم، ومن ثم فهو تشجيع للتناسل والتكاثر، وقد تنبه بعض الكاتبين الغربيين إلى هذا المعنى الملحوظ في التحريم بالرضاع وأشاد به[٢].

المحرمات المؤقتة:

وهن اللآتي يكون سبب التحريم بالنسبة إليهن مؤقتاً فإذا زال زالت الحرمة، وقد عد القانون منهن أربعاً:

---

(١) هو مأخوذ من الحديث «لا رضاع إلا ما أنشز العظم» أي رفعه وأعلاه وأكبر حجمه، وفي رواية «أنشر» بالراء أي شده وقواه (النهاية لابن الأثير: ٤/ ١٤٤).

(٢) الأحوال الشخصية لأبي زهرة: ٧٨.

١ ـ المرأة التي طلقها زوجها ثلاثاً، فإنها لا تحل له حتى تتزوج زوجاً آخر يدخل بها ثم إذا طلقها بعد ذلك باختياره جاز لزوجها الأول أن يعود إليها بعد انتهاء عدتها، وحينئذ يملك طلاقها ثلاث مرات جديدة كأن الطلقات الأولى لم تقع[١].

٢ ـ المرأة التي تكون زوجة شرعية لرجل آخر، أو لا تزال في عدتها من طلاقه أو وفاته، فلا يجوز له الزواج منها حتى يطلقها الزوج الأول أو تنتهي عدتها منه.

٣ ـ الجمع بين الزوجة وأختها أو عمتها أو خالتها أو كل امرأة لو فرضت ذكراً حرمت عليه الأخرى.

ففي الزوجة وعمتها لا يجوز الجمع بينهما لأننا لو فرضنا الزوجة ذكراً كانت العمة بالنسبة إليه محرمة، ولو فرضنا العمة ذكراً، كانت الزوجة بالنسبة إليها بنت أخ، وهكذا يشترط للتحريم أن تكون المحرمية ثابتة من الجانبين، أما إذا ثبت الحل من جانب، والحرمة من جانب، بحيث لو فرضنا إحداهما ذكراً جاز له أن يتزوج الثانية، فإن الحرمة هنا لا تثبت بل يجوز الجمع بينهما، كما في الجمع بين المرأة وزوجة أبيها، فإننا لو فرضنا المرأة رجلاً حرمت عليها زوجة الأب، ولو فرضنا زوجة الأب رجلاً لم تحرم عليها ابنة زوجها من غيرها.

وهذا قول أبي حنيفة خلافاً لزفر الذي لا يشترط أن تكون المحرمية ثابتة من الطرفين.

٤ ـ المرأة التي يريد أن يتزوجها رجل عنده أربع زوجات، فلا يحل له أن يتزوج الخامسة حتى يكون قد طلق إحدى زوجاته الأربع وانقضت عدتها.

وقد اقتصرت الشريعة في إباحة التعدد على الأربعة فحسب خلافاً لما كان عليه العرب في الجاهلية، وما كان عليه كثير من الشعوب القديمة ولا يزال شائعاً عند بعض الشعوب وخاصة في أفريقيا السوداء، حيث لاحد لعدد الزوجات.

---

(١) والحكمة في ذلك واضحة وهو أن إيقاع الطلقة الثالثة لا يكون إلا بعد استفحال الخصومة بين الزوجين بحيث يكون استمرار الزوجية شقاءً ليس بعده شقاء فمن الخير أن يفترقا نهائياً. حتى إذا اختبرت الزوجة زوجاً آخر أمكنها أن تعود إلى الأول بروح جديدة وخلق جديد. وسيأتي مزيد إيضاح لذلك في أبحاث الطلاق.

حكمة تعدد الزوجات:

مما لا ريب فيه أن الشأن الطبيعي بالنسبة للرجل أن تكون له زوجة واحدة يمنحها كل قلبه وعواطفه، ولهذا كان الأولى والأحسن والمعتاد الغالب أن يقتصر الرجل على زوجة واحدة، ولكن الحياة لا تسير وفق الأحلام والمثل العليا، بل كثيراً ما يخالف واقعها تلك المثل والأحلام العذبة، ففي الحياة الزوجية قد يجد الرجل نفسه مضطراً إلى الزواج بأكثر من واحدة في مثل الحالات التالية:

الحالات الشخصية التي تبيح التعدد:

١ ـ أن تكون زوجته عقيماً لا تلد، وحب الأولاد غريزة في النفس الإنسانية.

فليس أمامه إلا أحد أمرين: إما أن يطلق زوجته العقيم، أو أن يتزوج عليها، ولا شك أن الزواج عليها أكرم بأخلاق الرجال ذوي المروءات من تطليقها، وهو في مصلحة الزوجة العقيم نفسها فهي تفضل أن تبقى زوجة ولها شريكة أخرى في حياتها الزوجية من أن تفقد بيت الزوج ثم لا أمل لها في راغب في الزواج منها، بعد أن يعلم أن طلاقها كان لعقمها، إنها مخيرة بين التشرد أو العودة إلى بيت الأب وبين البقاء في بيت زوجها، لها كل حق الزوجة الشرعية ولها مثل ما للزوجة الثانية من حقوق ونفقات.

والمرأة الكريمة العاقلة تفضل الحالة الأولى على الثانية، ولذا رأينا كثير من الزوجات العقم يفتشن لأزواجهن عن زوجة أخرى تنجب لهم الأولاد.

٢ ـ أن تصاب الزوجة بمرض مزمن أو معدٍ أو منفر بحيث لا يستطيع معه الزوج أن يعاشرها معاشرة الأزواج، والزوج هنا بين حالتين: إما أن يطلقها، وليس في ذلك شيء من الوفاء ولا المروءة ولا كرم الأخلاق، وفيه الضياع والمهانة للمرأة المريضة. وإما أن يتزوج عليها أخرى ويبقيها في عصمته لها حقوق كزوجة، ولها الإنفاق عليها في كل ما تحتاج إليه من دواء وعلاج. ولا يشك أحد في أن هذه الحالة الثانية أكرم وأنبل وأضمن لسعادة الزوجة المريضة وزوجها على السواء.

٣ ـ أن يشتد كره الزوج لها بحيث لم ينفع معه علاج التحكيم والطلاق الأول ولا الثاني وما بينهما من (هدنة) العدة التي تمتد في كل مرة ثلاثة أشهر

تقريباً، وهنا يجد الزوج نفسه أيضاً بين حالتين: إما أن يطلقها ويتزوج غيرها، وإما أن يبقيها عنده لها حقوقها المشروعة كزوجة، ويتزوج عليها أخرى، ولا شك أيضاً في أن الحالة الثانية أكرم للزوجة الأولى، وأكثر غرما على الزوج ودليل على وفائه ونبل خلقه.

٤ ـ بقيت الحالة الأخيرة وهي أن يكون عنده من الشوق الجنسي ما لا يكتفي معه بزوجته، إما لكبر سنها وإما لكثرة الأيام التي لا تصلح فيها للمعاشرة الزوجية ـ وهي أيام الحيض والنفاس ـ وفي هذه الحالة نجد الأولى والأحسن أن يصبر على ما هو فيه، ولكن إذا لم يكن له صبر فماذا يفعل، أنبيح له الاتصال الجنسي المحرم، وفي ذلك إيذاء للمرأة الثانية التي اتصل بها وضياع لحقوقها وحقوق أطفالها؟ أم نبيح له الزواج منها زواجاً شرعياً تصان فيه كرامتها، ويعترف لها بحقوقها ولأولادها بنسبهم الشرعي منه؟ هنا تتدخل مبادئ الأخلاق فلا تتردد في تفضيل الحالة الثانية على الأولى.

الحالات الاجتماعية التي تبيح التعدد:

هذه هي الحالات الفردية التي تضطر الزوج إلى التزوج بأخرى، وهنالك حالات عامة تجعل التعدد من مصلحة المجتمع، وذلك عند قلة الرجال وكثرة النساء في الأحوال العادية في كثير من البلدان كشمال أوروبا، وفي حالات الحروب والأوبئة كما وقع في أوروبا بين الحربين العالميتين الأولى والثانية فقد بلغت نسبة الرجال والنساء في بعض البلدان واحداً إلى أربعة، وفي بعضها واحداً إلى ستة، ففي هذه الحالات يكون التعدد واجباً أخلاقياً وإنسانياً في آن واحد. به تصان النساء عن التبذل ويأوين إلى بيوت الزوجية فيجدن الحماية والنفقة، وبه تصان الأخلاق عن الانحلال والفساد.

وقد رأت أوروبا هذه النتائج السيئة لمنع التعدد، فأخذت تفكر ـ وخاصة في ألمانيا ـ بإباحة التعدد ولكنها لا تزال تتردد، لأن المجتمع الغربي قائم على النفاق الأخلاقي والأنانية البشعة، وهما العاملان الرئيسان في عدم سماح الجماهير بالتعدد القانوني الأخلاقي.

وأيّاً مّا كان، فالإسلام لم يكن أول من أباح التعدد، فقد أباحته اليهودية وكان لبعض أنبياء اليهود مئات الزوجات كسليمان عليه السلام، فقد كانت له ـ كما ورد في التوراة ـ ثلاثمائة زوجة من الحرائر وسبعمائة من الجواري.

والمسيحية ليس فيها نص صريح يمنع التعدد، وقد كان التعدد في الأمم المسيحية قائماً موجوداً حتى نهاية عصر النهضة، ولم تنكره الكنيسة في كل تلك العصور، وقد أباحت الكنيسة في أيامنا هذه للأفريقيين المسيحيين تعدد الزوجات كما هو معلوم.

أحكام القانون:

وإلى هذه الحرمات المؤقتة كلها أشارت المواد التالية:

مادة ٣٦ ـ ١ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً.

٢ ـ زواج المطلقة من آخر يهدم طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة.

مادة ٣٧ ـ لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها.

مادة ٣٨ ـ لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعتدته.

مادة ٣٩ ـ لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى، فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما.

الفصلُ السادسُ

معاملات الزواج الإدارية

هذا الفصل خاص بالمعاملات التي يشترط أن تسبق العقد، ومعاملات العقد ذاته، وهي ترتيبات إدارية، فرضها القانون لمنع التلاعب في عقود الزواج، والشريعة لا ترفض مثل هذه القيود..

ولما كانت نصوص المواد واضحة، فقد اكتفينا بإيرادها من غير شرح.

١ ـ المعاملات التي تسبق العقد:

مادة ٤٠ ـ ١ ـ يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

أ ـ شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليه وأنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي.

ب ـ صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية.

ج ـ شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.

د ـ رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الإجبارية.

هـ ـ موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبياً.

٢ ـ لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات، على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات. ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية.

مادة ٤١ ـ يأذن القاضي بإجراء العقد فوراً بعد استكمال هذه الوثائق وله عند الاشتباه تأخيره لإعلانه مدة عشرة أيام والقاضي يختار طريقة الإعلان.

مادة ٤٢ ـ إذا لم يجر العقد خلال ستة أشهر يعتبر الإذن ملغى.

٢ ـ معاملات العقد:

مادة ٤٣ ـ يقوم القاضي أو من يأذن له من مساعدي المحكمة بإجراء العقد.

مادة ٤٤ ـ يجب أن يشمل صك الزواج:

أ ـ أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما.

ب ـ وقوع العقد وتاريخه ومكانه.

ج ـ أسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم.

د ـ مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قبض المعجل أم لا.

هـ ـ توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي.

مادة ٤٥ ـ ١ ـ يسجل المساعد الزواج في سجله المخصوص ويبعث بصورة عنه لدائرة الأحوال المدنية خلال عشرة أيام من تاريخ الزواج.

٢ ـ تغني هذه الصورة عن إخبار الطرفين دائرة الأحوال المدنية بالزواج ويكون المساعد مسؤولاً عن إهمال إرسال الصورة.

مادة ٤٦ ـ تعفى معاملات الزواج من كل رسم.

الباب الثالث

أنواع الزواج وأحكامها

تنقسم عقود الزواج بحسب استيفائها للأركان والشرائط أو عدم ذلك إلى ثلاثة أقسام رئيسة وهي:

١ ـ الزواج الصحيح:

وهو كل عقد استوفى أركانه وشرائط انعقاده واستكمل العاقدان فيه شرائط الأهلية، كما إذا عقد حران بالغان عاقلان هذا العقد يكون صحيحاً تترتب عليه آثاره الواردة في المادة ٤٩ الآتية، وعلى هذا نصت المادة التالية:

مادة ٤٧ : إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً.

٢ ـ الزواج الفاسد:

وهو كل عقد وجد فيه الإيجاب والقبول، ولكنه فقد شرطاً من شرائط الصحة الواردة في المادة ١٢ كأن يكون العقد بغير شهود، أو يكون الشهود غير مستوفين للشرائط المطلوبة فيهم، فهذا عقد فاسد تترتب عليه بعض الآثار التي سينص عليها في المادة ٥١ الآتية، وإلى هذا أشارت المادة التالية:

مادة ٤٨ ـ كل زواج تمّ ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد.

٣ ـ الزواج الباطل:

وهو كل عقد فقد أركانه أو شرائط الأركان كالعقد على امرأة ليست ذات دين سماوي، كالوثنيات والمجوسيات، أو العقد الواقع بين امرأة مسلمة ورجل غير مسلم، فإن هذا العقد يكون باطلاً لا وجود له في نظر الشريعة، وسيأتي أثر هذا العقد في المادة ٥٠.

ويجب أن يلاحظ أن القانون نصّ على حالة واحدة من حالات البطلان وهي زواج المسلمة بغير المسلم. وهنالك حالة أخرى شديدة الخطر على المجتمع وهي العقد على المحارم كالبنت أو الأم أو الأخت، ويظهر أن هذا العقد يعتبره القانون فاسداً بحيث يثبت النسب فيه بعد الدخول، والقول بهذا شديد الخطورة، وفيه من

الغرابة ما لا ينكر وإن قال به إمام كأبي حنيفة وتبناه قانون حقوق العائلة الذي كان معمولاً به من قبل!.

حكمة منع زواج المسلمة بغير مسلم:

كما يجب أن يلاحظ أن الإسلام لا يمنع زواج المسلم بغير المسلمة إن كانت ذات دين سماوي، والحكمة من هذا التفريق بين زواج المسلم بالكتابية، وزواج غير المسلم بالمسلمة مما اشتبه على بعض الناس.

وينبغي لنفهم وجه الحكمة في هذا التفريق أن نذكر الحقائق التالية:

١ـ إن الإسلام يعترف بالديانتين اليهودية والنصرانية كديانتين منزلتين في الأصل من الله تعالى وإن كانتا قد نسختا بعد نزول الإسلام، وقد أمر الله المسلمين في القرآن الكريم أن يؤمنوا بجميع أنبياء الله ورسله، قال تعالى: ﴿قُولُوٓاْ ءَامَنَّا بِٱللَّهِ وَمَآ أُنزِلَ إِلَيۡنَا وَمَآ أُنزِلَ إِلَىٰٓ إِبۡرَٰهِـۧمَ وَإِسۡمَٰعِيلَ وَإِسۡحَٰقَ وَيَعۡقُوبَ وَٱلۡأَسۡبَاطِ وَمَآ أُوتِيَ مُوسَىٰ وَعِيسَىٰ وَمَآ أُوتِيَ ٱلنَّبِيُّونَ مِن رَّبِّهِمۡ لَا نُفَرِّقُ بَيۡنَ أَحَدٖ مِّنۡهُمۡ وَنَحۡنُ لَهُۥ مُسۡلِمُونَ ١٣٦﴾. كما جاء في القرآن أن الله تعالى أنزل التوراة والإنجيل على موسى وعيسى عليهما السلام، وإن تغيرا فيما بعد، فأصلهما معترف في نظر الإسلام بأنهما منزلان من عند الله تبارك وتعالى، وعلى هذا فلا يجوز للمسلم أن يسب نبياً من أنبياء الله أو يحتقره أو يسب التوراة والإنجيل ككتابين منزلين من عند الله تعالى، وهو إن فعل ذلك كفر وكان عليه أن يجدد إسلامه وإلا كان مرتداً تطبق عليه أحكام المرتد، ومنها طلاق زوجته وعدم حلها له بعد ذلك.

٢ـ إن اليهودية والنصرانية لا تعترفان بالإسلام ديناً منزلاً من عند الله ولا بمحمد ﷺ نبياً مرسلاً كسائر أنبياء الله، ولا بالقرآن كتاباً إلٰهياً موحى به من الله إلى رسوله محمد ﷺ، فلو سب اليهودي أو النصراني دين الإسلام ورسوله وكتابه وأعلن تكذيبه لذلك، لم يكن عليه حرج في نظر ديانته، بل إن من تمام إيمانه بدينه أن يعتقد أن الإسلام دين باطل، وأن محمداً مدع للنبوة وأن القرآن من تأليف محمد لا من عند الله، وإن اعتقد غير ذلك كان كافراً في نظر دينه، أي لم يكن يهودياً ولا نصرانياً.

٣ـ واستقرار الحياة الزوجية وسعادتها إنما يكون بحرص الزوج على شعور زوجته وبخاصة ما يتعلق بعقيدتها وشعائرها الدينية، فكل إهانة من الزوج لزوجته

في شعورها وعواطفها بشكل عام، وفي عقيدتها ودينها بشكل خاص، يعرض الحياة الزوجية للإنفصام قطعاً.

٤ـ وللزوج رئاسة الأسرة والقوامة على الزوجة والسيطرة الأدبية عليها في كل شرائع العالم وقوانينه، وله القدرة على التأثير عليها في أفكارها واتجاهاتها أكثر مما للمرأة على الرجل في الأعم الأغلب النابع من طبيعة الرجل وطبيعة المرأة على السواء.

فإذا وجدت بعض الزوجات ذات قدرة على التأثير على الزوج أو الوقوف في وجهه فهذا نادر لا يقام له وزن.

٥ـ والرجل بطبيعته أقدر على التطاول على زوجته عند الغضب والخصام اللذين كثيراً ما يقعان في الحياة الزوجية، بل قل أن تخلو منهما الحياة الزوجية، وحين يحتدم الخصام يندفع الرجل من حيث لا يشعر إلى التلفظ بكلمات تجرح شعور المرأة، ومن أهم ما تحرص عليه الزوجة أن لا تجرح في شعورها الديني ومقدساته العقائدية فلا بد للمتشرع الحريص على إقامة بناء الأسرة على دعائم وطيدة من الحب والتعاون، من إيجاد الضمانات القوية التي تحول دون تصدع الأسرة وشقاء الحياة الزوجية بين الزوجين.

٦ـ وفي عقيدة الزوج المسلم ضمان ليس بعده ضمان بالنسبة إلى زوجته الكتابية، فهو يعتقد بأصل دينها وبأنبيائها وبكتابها، مهما غضب منها فهو ممنوع من أن يجرح شعورها الديني بسبّ أو احتقار، وإلا ارتد عن دينه وبانت منه امرأته، وليس في عقيدة غير المسلم مثل هذا الضمان بالنسبة إلى زوجته لو أبيح له أن تكون مسلمة.

هذا هو التحليل الصحيح للفرق بين زواج المسلم من الكتابية وهو ما أجازه الإسلام، وبين زواج غير المسلم بالمسلمة وهو ما لم يجزه الإسلام.

ومنه يتضح أن الإسلام كان في موقفه من زواج المسلم بالكتابية متفقاً مع مبدئه في التسامح الديني، وهو ما لم تفعله الديانات الأخرى قط، وكان في موقفه من زواج غير المسلم بالمسلمة متفقاً مع واقعيته وحرصه على استقرار كيان الأسرة من العواصف الهوجاء التي لا علاج لها إلا موقفه الحكيم من منع مثل هذا الزواج.

مناقشة للشبهات:

بقي أن نجيب هنا عن بعض الشبهات التي ترد على ما ذكرناه من الحقائق السالفة:

ـ فقد قيل: أنه لا يلزم أن يكون كل مسيحي مكذباً للرسول مدعياً بطلان الإسلام ووضع محمد للقرآن، وقد قال لي بعض الشباب المسيحيين: إنني شخصياً أحب محمداً وأعتقد بنبوته فأي خطر مني على عقيدة زوجتي لو كانت مسلمة؟

ومن الواضح أن المسيحي الذي يعتقد بصدق محمد عليه الصلاة والسلام وبنبوته يلزمه أمران لا بد منهما:

أولاًـ أن يكون بذلك قد خرج عن دينه، فإنه لا يستطيع أن يجمع بين كونه مسيحياً وبين إيمانه بنبوة محمد عليه السلام، فلا دينه يعتبره في هذه الحالة مسيحياً ولا الإسلام يرضى ببقائه على مسيحيته مع اعتقاده ذلك، فإن محمداً عليه السلام قد جاء ليعلن أن رسالته متممة لرسالات الأنبياء السابقين وناسخة لشرائعها، وشأن الإسلام في ذلك شأن القانون المتأخر ينسخ القانون المتقدم، فلا يمكن أن يجمع بين الديانتين في وقت واحد.

ـ وقد قيل لي من بعض الشباب المسيحيين أيضاً: إننا لسنا من المتعصبين بحيث نتهجم على محمد والإسلام والقرآن، بل ننظر إلى الديانات جميعاً نظرة واحدة من الاحترام والتقدير.

وهذا أيضاً كلام عاطفي لا يفيدنا في هذا المقام، فليست المسألة مسألة «احترام أخلاقي» للديانات. وإنما هي مسألة اعتقاد بها وبما فيها، فإن الإنسان في الحياة لا بد له من عقيدة واحدة يؤمن بها ويتمسك بمبادئها ويعيش في ظلال مثُلها، أما الذين ينظرون إلى الديانات على استواء واحد، فإن كانوا يؤمنون بأن جميعها حق في وقت واحد فهذا غير معقول، لأن الإنسان لا يستطيع أن يعتقد إعتقادات متباينة في وقت، بل لا بد له من أن يرجح واحدة منها ويختارها، وإن كانوا لا يؤمنون بها كعقيدة يلزمهم العمل بمقتضاها فهؤلاء ليسوا على دين من هذه الأديان، ومثلهم يمنع الإسلام من زواج المسلمة منهم لأنهم لا يؤمنون بدين. والحكمة تتضح في منع زواجهم من المسلمة أكثر، لأنهم لا يؤمنون بأصل الديانات من أن الله هو خالق هذا الكون، وأنه أرسل الرسل على فترات متعاقبة

ليهدوا الناس إلى طريق الحق وأن على الناس اتباعهم، فكيف تجعل لهم السيطرة على من يؤمن بذلك ويدين به؟ والديانات مجمعة على عدم صحة الزواج من أمثال هؤلاء، لأن التسامح الذي يظهرونه وحسن الخلق الذي ينوون أن يعاملوا به زوجاتهم المتدينات بدين معين، ليس ضاماناً حقيقياً لمنع إساءتهم إلى شعورهن الديني في حالات الغضب والخلافات العائلية، والإسلام نفسه يمنع المسلمة ممن لا يؤمن بدين ولو كان يحمل اسماً إسلامياً وينتسب إلى عائلة مسلمة، إذ لا يوجد بينه وبين زوجته وجه من وجوه الالتقاء في التفكير الديني، حتى يضمن فيه الإحترام العميق لشعور الزوجة وعقائدها الدينية.

ـ وقيل لي من بعض الشباب الذي ينتمون إلى أحزاب تنادي «بإزالة الفوارق الدينية» فقد قالوا: كيف نضمن وجود وحدة وطنية بين أبناء الشعب الواحد مع وجود هذه الحواجز بين أبناء الديانات المتعددة؟

وهذا حل عاطفي لما يقال عن مشكلة الديانات في وطننا، فما كان الزواج هو الطريق العملي لتقارب القلوب المتنافرة، ونحن نرى في الأسر المتصاهرة من العداء والتقاطع واستفحال الخلاف ما قد يصل إلى سفك الدماء، وما كان هذا الزواج لو وقع ليغير من وجه المشكلة في مجتمعنا لقلة من يقدم عليه من بين جماهير الشعب، ونحن نرى بالإستقراء والتتبع أنه لا يحرص على مثل هذا الزواج مع اختلاف الدين إلا شاب وفتاة ناءا بعبء العواطف الغرامية العنيفة، ومثل هؤلاء الذين يفكرون في الزواج ويقدمون عليه مع عدم اتحاد الدين أقل من القليل وأندر من النادر بين جماهير الشباب والفتيات، فإباحته لا يغير من وجه المشكلة الاجتماعية في بلادنا.

وما كانت مشكلتنا هي تعدد الديانات، ففي كل مجتمع في العالم المتمدن ديانات متعددة، ولكن مشكلتنا من سوء فهم هذه الديانات، ومن الركام الجاثم فوق تفكيرنا عن ذكريات الماضي الأليم الذي ساءت فيه العلاقات بين أبناء الديانات في العصور الأخيرة بفضل الجهل والاستغلال والاستعمار، ويوم كانت الديانات مفهومة على وجهها الصحيح، وكانت تعاليمها تنفذ بصدق وإخلاص، كنا نعيش في جو من التعاون والألفة لا مثيل له، وما كنا يومئذ نسلك إلى هذا التآلف والتعاون سبيل الزواج والمصاهرة، بل كان سبيلنا إليه أن نحرص على أن نكون مؤمنين حقاً نتمسك بأخلاق الإيمان التي جاءت بها أدياننا وكتبنا المقدسة، والعودة

إلى هذه الأخلاق هو الطريق الوحيد لوحدة الصف وتعاون الأيدي على بناء الوطن وعظمته واطراد تقدمه.

وقصارى القول إن زواج المسلمة بغير المسلم ليست مشكلة اجتماعية تضطرنا إلى تغيير النظام العام للجماعة، بل مشكلة أفراد معدودين متأثرين بانفعالات عاطفية شديدة مؤقتة ليس لها صفة الدوام، ومثل هؤلاء لا يغير من أجلهم مبادئ الدين، ولا النظام العام في المجتمع، وهم أشبه ما يكونون بمرضى في عواطفهم واتجاهاتهم، فهم في حاجة إلى ما يشفيهم من مرضهم لا إلى ما يضفي الصفة الشرعية على ذلك المرض.

موقف القانون:

هذا وقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابقة على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم في قولها:

مادة ٤٨ ـ ١ـ. . .

٢ـ زواج المسلمة بغير المسلم باطل.

آثار الزواج الصحيح:

إذا وقع العقد صحيحاً ترتبت عليه كل الآثار من حقوق الزوجية وحقوق الأسرة وحقوق الأولاد:

١ ـ فيجب فيه المهر المسمى.

٢ ـ وتثبت فيه نفقة الزوجية الواجبة.

٣ ـ وتجب به متابعة الزوجة لزوجها.

٤ ـ ويستحق به التوارث بين الزوجين.

٥ ـ ويثبت به نسب الأولاد من الزواج.

٦ ـ وتترتب عليه حرمة المصاهرة وفق الأحكام السابقة.

وهذه الأحكام تثبت بمجرد العقد، وسيأتي في القانون تفصيل هذه الأحكام كلها. وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٤٩ ـ الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية

كالمهر ونفقه الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين، ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة.

آثار الزواج الباطل:

أما الزواج الباطل فلا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح، ولا ينشأ عنه التزام ما من قبل أحد الطرفين نحو الآخر، بل يعتبره الشارع كأنه غير موجود، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وللدخول في العقد الباطل أبحاث في الفقه الإسلامي حول اعتبار ذلك زنى يوجب الحد أم لا.

وإليك نص المادة التالية:

مادة ٥٠ ـ الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول.

آثار الزواج الفاسد:

قلنا: إن العقد الفاسد هو ما فقد شرطاً من شرائط الصحة، والواجب التفريق بين الزوجين فوراً، ثم لا يخلو الأمر أن يقترن به دخول أم لا.

فإن لم يقترن بالعقد الفاسد دخول كان كالباطل في عدم ترتب الآثار عليه ووجوب التفريق بين الرجل والمرأة.

وإن اقترن بالدخول ترتبت عليه النتائج التالية مع وجوب التفريق بينهما:

١ـ وجوب الأقل من المسمى في العقد ومن مهر المثل، فإذا سمي المهر في العقد بألف وكان مهر مثلها خمسمائة، لم يجب خمسمائة؛ وإن كان المهر في العقد خمسمائة ومهر مثلها ألفاً وجب ما سمي في العقد وهو خمسمائة.

٢ـ يثبت نسب الولد من الزوج في الدخول بالعقد الفاسد إذا أتت به بين ستة أشهر وسنة شمسية، وتترتب على هذا النسب جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة، وتستحق به نفقة القرابة، كما يستحق به الإرث، وفقاً للمادة ١٣٣ الآتية في بحث النسب.

٣ـ حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل من دخل بها في عقد فاسد وفروعها وكل درجات المصاهرة المار ذكرها. ومن الواضح أن حرمة المصاهرة هنا ليست أثراً من آثار العقد ـ لأن العقد وقع فاسداً ـ بل لوجود الوطء.

٤ـ وجوب العدة في حالة التفريق أو موت الزوج، كما لو كانت العدة من زواج صحيح.

٥ـ وجوب النفقة في العدة على الزوج.

هذه هي الآثار التي تترتب على الدخول، ومنها يعلم أنه لا يثبت بالدخول في العقد الفاسد توارث بين الزوج والزوجة، كما لا تثبت النفقة على الزوج للزوجة في غير العدة؛ إلا إذا كانت جاهلة فساد النكاح فإنها تستحق النفقة الزوجية.

وعلى هذه الأحكام كلها نصت المادة التالية:

مادة ٥١ ـ ١ ـ الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل.

٢ ـ ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية:

أ ـ المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.

ب ـ نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادة ١٣٣ من هذا القانون.

جـ ـ حرمة المصاهرة.

د ـ عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين.

٣ ـ تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح.

آثار الزواج الموقوف:

ذكرنا سابقاً أن العقد الموقوف هو الذي يقوم به من توفرت فيه أهلية التعاقد ـ كأن يكون بالغاً عاقلاً ـ ولكنه ليس بصاحب الشأن في العقد، وهذا ما يسمى بعقد الفضولي، وحكمه أن يكون موقوفاً على إجازة من عقد له العقد، فإن أجازه ولو بعد الدخول صح ولزمته كل آثار العقد الصحيح، وتعتبر الإجازة بعد العقد كوجود الإذن بإجرائه من قبل، والقاعدة في ذلك مشهورة: «**الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة**». وإن لم يجز ولم يقع فيه دخول كان ملغى لا يترتب عليه أثر ما، وإن حصل فيه الدخول ثم وقع الرفض ترتب عليه ما يترتب على العقد الفاسد من وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل وثبوت النسب وحرمة المصاهرة

ووجوب العدة ونفقتها. أما إذا حصل الدخول بعد الرفض فلا يترتب عليه مهر ولا عدة ولا نسب، وهو وطء حرام لا شك في حرمته.

هذا والعقد الموقوف لا يثبت به التوارث إذا حصلت الوفاة أثناء وقفه، ولا تثبت به حرمة المصاهرة عند رفضه، لأنه بالرفض اعتبر كأن لم يكن.

وقد أشارت إلى أكثر هذه الأحكام المادة ٥٢:

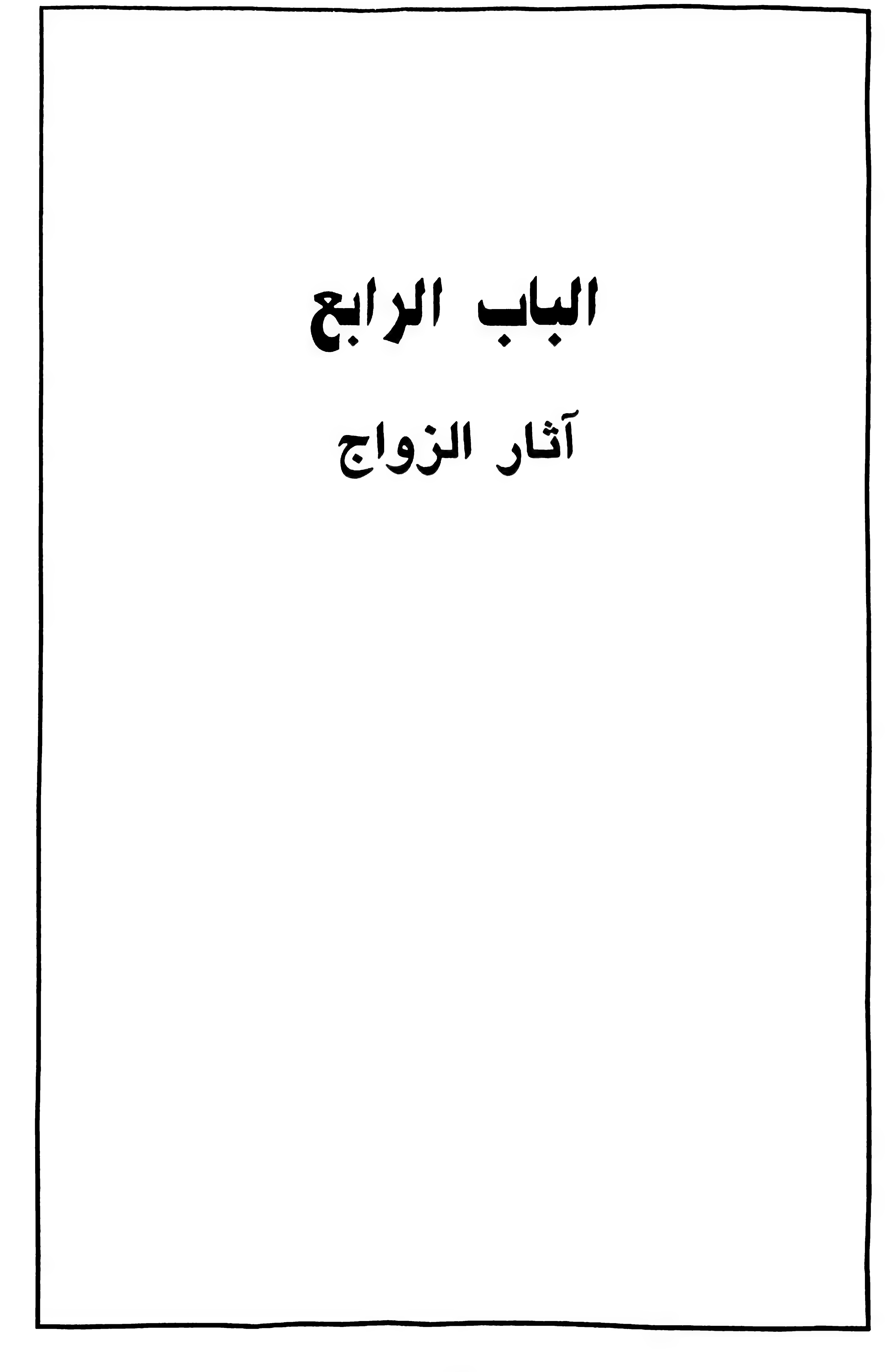
الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد.

وبذلك تعلم ما طوي في هذه المادة من أحكام العقد الموقوف.

آثار العقد غير اللازم:

لم يتعرض القانون هنا لأحكام العقد غير اللازم، وقد تقدم بعض أحكامه في بحث الكفاءة، وقلنا إن الكبيرة إذا زوجت نفسها من غير كفء كان للولي حق الفسخ، وحكمه في هذه الحالة أنه إن تم الفسخ قبل الدخول لا يترتب عليه شيء، وإن تم الفسخ بعد الدخول قبل الحمل أوجب النفقة والإرث وحرمة المصاهرة، أما إذا حملت فقد سقط حق الفسخ كما تقدم في المادة ٣٠.



الباب الرابع

آثار الزواج

الفصل الأول

المهر

للزواج آثار تترتب عليه، وحقوق يلزم بها كل من الزوج والزوجة؛ ولم يتعرض القانون للحقوق الأدبية التي يطالب بها كل منهما، كوجوب المعاشرة بالحسنى، وطاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، وغيرة الزوج على زوجته وتعليمها وحمايتها من الأذى والمهانة، فذلك أشبه ما يكون بالمبادئ الأخلاقية التي يطالب بها الناس لتمام سعادتهم وخيرهم.

وإنما تعرض القانون للآثار الحقوقية التي يطالب بها كل من الزوج أو الزوجة أو يلزم بها، وفي مقدمة ذلك: المهر، والسكن، والنفقة، وإليك إيجاز القول في المهر كما ورد في القانون:

أحكام المهر ـ تعريفه وحكمه:

هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزاً لرغبته في الاقتران بها في حياة شريفة توفر الاطمئنان والسعادة لأسرتهما.

والحكمة منه واضحة، فإنه رمز لإكرام المرأة ورغبة الرجل رغبة صادقة في معاشرتها وبناء حياة زوجية كريمة معها، وفيه تمكين المرأة من أن تتهيأ للزواج بها بما يلزم لها من لباس ونفقات.

وقد جعلته الشريعة واجباً على الرجل صيانة للمرأة من أن تمتهن كرامتها في سبيل جمع المال ليكون مهراً تقدمه للرجل، وإنا لنشاهد في هذه المجتمعات التي تجعل المهر واجباً على المرأة شقاءً يلحق بها لتأمين ما يرغب الرجل فيها من مال وثروة، عدا ما يصيب الفقيرات من كساد نتيجة فقرهن وقلة ذات يدهن.

وليس المهر كما يتوهم العامة ثمناً للمرأة أو ثمناً لجمالها أو الاستمتاع بها، وإنما هو في الإسلام رمز للرغبة في الإقتران كما تقدم، ولذلك جاء التعبير عنه في القرآن الكريم بأنه هدية ونحلة: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٢٤].

حكمه:

المهر واجب في الشريعة الإسلامية للآية الكريمة السابقة، ولقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤].

وهذا أثر من آثار العقد الصحيح لا شرط فيه، بمعنى أنه يثبت بالعقد ولو من غير شرط، ولو لم يسم، أو اتفقا على عدم تسميته، فإن هذا الاتفاق باطل والمهر لازم.

والمهر حق الزوجة لا حق أوليائها، وإن كان لأوليائها حق قبضه لكنهم يقبضونه باسمها وعلى ملكها، فلا يجوز لهم أن يتصرفوا بشيء منه من غير علمها وموافقتها[(١)].

وقد نصت المادة التالية على وجوب المهر بمجرد العقد حيث قالت:

مادة ٥٣ ـ يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمي عند العقد أم لم يسم أم نفي أصلاً.

حد المهر:

ذهب كثير من الفقهاء إلى أنه لا حد لأقل المهر، بل كل ما صلح عليه اسم المال جاز أن يكون مهراً لقوله تعالى: ﴿بِأَمْوَٰلِكُم﴾، ولقوله عليه الصلاة والسلام: **«التمس ولو خاتماً من حديد»**[(٢)]، وقال أبو حنيفة، رحمه الله: إن أقله عشرة دراهم لآثار وردت عن بعض الصحابة في تحديد هذا المقدار، ولأحاديث وردت في هذا التحديد، ولكنها ضعيفة في ميزان النقد العلمي.

وقال مالك رحمه الله: أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم، وكذلك ذهب كثير

---

(١) الذين يجعلون حداً أدنى للمهر وهو عشرة دراهم يرون أن في المهر حقين آخرين، حقاً للشارع وحقاً للأولياء. أما حق الشارع فهو عدم نقص المهر عن الحد الأدنى، فإذا سمي في العقد أقل من ذلك ـ كخمسة دراهم ـ ارتفع إلى الحد الأدنى بحكم الشارع وأما حق الأولياء فإن لهم ـ عند أبي حنيفة ـ حق الاعتراض على العقد إذا سمي فيه أقل من مهر مثلها، ولكن هذا الحق للشارع وللأولياء ثابت عن إنشاء العقد فحسب، فإذا تم العقد وروعي في المهر حق الشارع وحق الأولياء لم يبق إلا حق المرأة وحدها فلها عندئذ الحط منه أو قبول الزيادة عليه.

(٢) حديث وارد في الصحاح.

منهم إلى أنه يصح أن يكون المهر عملاً ـ لا خدمة ـ من قبل الزوج لزوجته، كتعليم أو بناء أو زراعة، ويصح أن يكون منفعة تقوم بمال كسكنى دار وزراعة أرض.

والقاعدة الضابطة للمنفعة أو العمل الذي يصلح أن يكون مهراً هو كل عمل أو شيء يصح التزامه شرعاً: فلا يصح أن يكون المهر خمراً ولا خنزيراً لأنهما ليسا بمال في نظر الشريعة، فلا تجري عليهما العقود والمعاملات، ولا يصح أن يكون المهر عملاً محرماً لأنه لا يصح التزامه شرعاً.

أما أكثر المهر فالإجماع منعقد على أنه لا حد لأكثره، لقوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] وبهذه الآية استدلت المرأة التي ردت على عمر حين نهى عن التغالي في مهور النساء، فسكت عمر واعترف بصواب المرأة فيما ادعت.

ومع هذا فمن المسلم به كراهة المغالاة بالمهور لما ينشأ عن ذلك من أخطار اجتماعية تحول دون انتشار الزواج، يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام:

«إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة»(١).

وإلى مجمل أحكام المهر السابقة أشارت المادة التالية:

مادة ٥٤ ـ ١ ـ لا حد لأقل المهر ولا لأكثره.

٢ ـ كل ما صلح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً(٢).

تعجيل المهر وتأجيله:

هذا ولا يشترط تعجيل المهر كله قبل الدخول؛ بل يجوز تأخير بعضه أو كله إلى ما بعد الدخول أو إلى ما بعد الطلاق أو الوفاة، فإذا لم ينص في العقد على التأجيل أو التعجيل؛ بل اقتصر على ذكر المهر فقط، فإن العرف هو الذي يحدد المعجل من المهر والمؤجل منه، والعرف الجاري في بلادنا الآن أن المؤجل

---

(١) رواه الإمام أحمد.

(٢) يستثنى من ذلك أن يخدمها بنفسه في البيت فإنه لا يجوز عند الحنفية، ويجوز عند الشافعية، ويجوز عند الحنابلة لمدة معينة.

يكون بقدر الثلث، وأنه لا يطالب به إلا عند الطلاق أو الوفاة[1].

ولذلك نص القانون على أنه إذا أطلق انصرف إلى حين الطلاق أو الوفاة، اتباعاً للعرف إلا إذا نص في العقد على أجل معين فيجب الوفاء به.

وإلى هذا أشارت المادتان التاليتان:

مادة ـ ٥٥ ـ يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً، وعند عدم النص يتبع العرف.

مادة ـ ٥٦ ـ التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر.

الزيادة والنقصان في المهر:

قلنا: إن المهر واجب على الزوج وهو حق للمرأة، وعلى ذلك يجوز للزوج بعد انتهاء العقد أن يزيد في المهر لزوجته بما يشاء، كما يجوز لها أن تحط عن زوجها من المهر ما تشاء، إذا كان كل منهما كامل الأهلية مستوفياً لشروط التصرف في ماله.

وإذا تمت الزيادة أو النقصان برضا الطرفين ـ والرضا شرط ـ اعتبر ذلك ملحقاً بأصل العقد كأنه وقع ابتداء، بحيث إذا طلقها بعد الدخول مثلاً وجب لها ما سمي في العقد مع الزيادة التي لحقته، أو إنقاص ما تم التراضي على حطه منه.

وقد أشارت إلى هذا **المادة ٥٧**:

للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف، ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل الآخر.

قبض الولي للمهر:

قلنا: إن المهر حق المرأة فهي التي تقبضه وتتصرف فيه، غير أن العادة جرت بقبض الولي للمهر نيابة عنها، وقد أقرت الشريعة قبض الولي له بشرط أن

---

(١) هذا مذهب أبي حنيفة. وقال بعض العلماء: إن المهر إذا لم ينص في العقد على تعجيله أو تأجيله ينصرف إلى التعجيل لأنه حكم العقد فلا يؤخر عنه إلا باشتراط ذلك ولم يوجد.

يكون أباً أو جداً لأب، ويكون قبضه حينئذ نافذاً عليها، إلا إذا أعلنت عن عدم رغبتها في قبض الولي لمهرها بأن نهت الزوج عن دفعه إليه، فلا يعتبر قبضه حينئذ ولا يكون نافذاً عليها.

وهذا هو ما قالت به **المادة٦٠** :

ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان أباً أو جداً عصبياً، ما لم تنه الزوج عن الدفع إليه.

أحكام الخلوة

قبل أن نتحدث عن الحالات التي يتأكد فيها كل المهر أو نصفه أو مهر المثل أو المتعة، يحسن بنا أن نكوِّن فكرة واضحة عن الخلوة وأقسامها وأحكامها قبل أن يأتي ذكرها في حالات المهر.

معنى الخلوة:

هي أن يجتمع الزوج والزوجة في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما كدار وبيت[1] فلو اجتمعا في الشارع أو بحضور الناس أو في الصحراء أو على سطح لا ساتر له، لا تتحقق الخلوة، وكذا إذا اجتمعا في بيت مفتوح الباب والنوافذ أو في بستان لا باب له.

أقسام الخلوة:

يقسم فقهاء الحنفية الخلوة إلى قسمين: صحيحة، وفاسدة:

الخلوة الصحيحة:

هي ما يتم فيها اجتماع الرجل بالمرأة في مكان يأمنان فيه من اطلاع الناس عليهما مع تحقق الشروط الآتية:

١ـ أن لا يكون هنالك مانع طبعي[2] يمنع من الجماع كأن يكون معهما ثالث عاقل ولو كان أعمى أو نائماً[3] أو صبياً مميزاً أو زوجته الأخرى، ففي حضور واحد من هؤلاء تفسد الخلوة، أما إن كان معهما صغير لا يميز أو مجنون[4] أو مغمى عليه فالخلوة صحيحة.

---

(١) هذا تعريف الطحاوي، وهو أجمع ما ذكر في تعريفها (فتح القدير: ٣/ ٢١٧).

(٢) المراد بالمانع الطبعي ما تنفر منه النفس بطبيعتها.

(٣) لأن الأعمى يحس بحدوث الحركة، والنائم قد يستيقظ، وربما كان متناوماً فيعلم بها.

(٤) واختار صاحب فتح القدير أن حضور المجنون يمنع صحة الخلوة، لأنه أسوأ حالاً من الكلب العقور!.

وفي حضور الكلب معهما تفصيل، إن كان الكلب عقوراً فالخلوة غير صحيحة، سواء كان الكلب للزوج أو الزوجة[١] وإن كان هادئاً فالخلوة صحيحة إذا كان ملكاً للزوج، وفاسدة إن كان ملكاً للزوجة[٢].

٢ـ أن لا يكون في الخلوة مانع حسي يمنع من الجماع، كأن يكون الزوج مريضاً ولو مرضاً غير شديد، لأن مرضه لا يخلو من تكسر وفتور مما يحول بينه وبين نشاطه للعمل الجنسي، أو تكون الزوجة مريضة مرضاً يحول دون الجماع أو تتضرر به، فإن لم يكن كذلك فالخلوة صحيحة.

ويلحق بالمرض العيوب الجنسية في المرأة كالرتق[٣] والقرن[٤] فإنهما مما يحولان دون إمكان الجماع، أما العيوب الجنسية في الرجل فالمجبوب (وهو من قطع عضوه التناسلي وقد تقطع معه الخصيتان) خلوته صحيحة عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، والخصي: (وهو من سلت خصيتاه) والعنين: (وهو من كان عاجزاً عن الجماع) فخلوتهما صحيحة بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه، لأن الحكم يدار على سلامة الآلة وهي فيهما موجودة.

٣ـ أن لا يكون هنالك مانع شرعي يمنع من الجماع، كالحيض والنفاس وصوم رمضان والإحرام بالحج أو العمرة والدخول في صلاة الفريضة، فهذه موانع شرعية لأن الشارع يحرم الجماع في مثل تلك الحالات، ومثل ذلك الخلوة في المسجد إذا لم يكن غيرهما لا تكون صحيحة، لأن الجماع في المسجد محرم.

ومن الموانع الشرعية أن تدخل عليه وهو لا يعلم أنها امرأته لأنها في رأيه أجنبية فيحرم عليه جماعها، فإن كانت هي التي لا تعلم بأنه زوجها فالخلوة صحيحة لأنه يمكنه أن يخبرها بأنه زوجها فإذا لم يفعل كان التقصير من جانبه.

هذه هي شروط الخلوة الصحيحة، فقد يكون الشيء مانعاً شرعياً وهو في الوقت ذاته مانع طبعي كوجود شخص ثالث معهم، وهو في الوقت ذاته حسي لأن

---

(١) اختار صاحب الفتح أيضاً أن الكلب إذا كان ملكاً للزوج لا يمنع صحة الخلوة ولو كان عقوراً.

(٢) يمكن أن يجعل حضور الكلب من الموانع الحسية.

(٣) التحام في العضو التناسلي للمرأة.

(٤) عظم في العضو التناسلي للمرأة.

وجوده أمر محسوس مشاهد، ومن هنا نرى بعض الفقهاء يمثلون للحسي مثلاً بالشخص الثالث والاجتماع في الطريق العام والمسجد، وبعضهم يرى الحيض والنفاس من الموانع الطبعية، والأوجه هو ما ذكرناه.

الخلوة الفاسدة:

هو كل خلوة وجد فيها مانع من الموانع الثلاثة السابقة كمرض أحد الزوجين أو جود شخص ثالث معهما والخلوة في بستان لا باب له، وهكذا.

الخلاف في اعتبار الخلوة:

ذهب أبو حنيفة إلى أن الاجتماع بالزوجة في خلوة صحيحة يعتبر كالدخول بها[1]، وذهب أحمد إلى أن الخلوة واللمس والتقبيل بشهوة يعتبر كالدخول، وذهب الشافعي إلى أنه لا عبرة بالخلوة ولا يترتب عليها آثار الدخول.

وذهب مالك إلى عدم اعتبار الخلوة إلا أنه قال: إن انتقال الزوجة إلى بيت الزوج وبقاءها عنده سنة واحدة يعتبر كالدخول وإن لم يدخل بها.

أما الخلوة الفاسدة فلا تعتبر كالدخول بأتفاق الفقهاء، وأوجب فقهاء الحنفية العدة في الطلاق بعد الخلوة الفاسدة في العقد الصحيح احتياطاً، وفي العقد الفاسد لا تجب العدة إلا بالدخول.

أحكام الخلوة الصحيحة:

يعتبر الطلاق بعد الخلوة الصحيحة طلاقاً بائناً، وتأخذ أحكام الدخول التالية:

١ـ ثبوت المهر كاملاً، فلو طلقها بعد الخلوة الصحيحة تستحق المهر المسمى كاملاً كما لو طلقها بعد الدخول.

---

(١) لأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل (وهو المهر اعتباراً بالبيع) (فإن الشرط تسلم المبيع لا انتفاع المشتري به) وقد حكى الطهاوي إجماع الصحابة عليه (البحر: ٣/ ١٦٢) ودعوى الإجماع غريبة مع وجود الخلاف فيها بين أئمة الاجتهاد بعد عصر الصحابة. فلو ثبت الإجماع لما كان هنالك نزاع.

٢ـ ثبوت النسب، فلو طلقها بعد الخلوة الصحيحة وجاءت بولد ثبت نسبه إن جاءت به أكثر من ستة أشهر[1].

٣ـ وجوب العدة، فإذا طلقها بعد الخلوة ـ صحيحة أو فاسدة ـ وجب عليها أن تعتد كعدتها من الطلاق بعد الدخول.

٤ـ نفقة العدة والسكنى، فلو طلقها بعد الخلوة الصحيحة وجب عليه نفقتها وسكناها خلال العدة كما في الطلاق بعد الدخول.

٥ـ حرمة نكاح أختها أو أربع سواها ما دامت في العدة كما يحرم مثل ذلك في العدة من الطلاق بعد الدخول.

٦ـ مراعاة وقت الطلاق، فإذا أراد طلاقها بعد الخلوة الصحيحة وجب أن يطلقها في الطهر، كما هو الأمر في الطلاق بعد الدخول.

هذا ويرى بعض المؤلفين أن الحكمين الأول والثالث، هما اللذان يترتبان على الخلوة الصحيحة فحسب، أما ثبوت النسب فهو من أحكام العقد مطلقاً، وأما نفقة العدة وحرمة نكاح الأخت أو أربع سواها ومراعاة وقت الطلاق فهي من أحكام العدة وآثارها.

ولا تكون الخلوة الصحيحة كالدخول في الأحكام التالية:

١ ـ الإحصان، فإن الدخول يجعل كلاً من الزوج والزوجة محصنين بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنى، أما الخلوة الصحيحة فلا تجعل الرجل ولا المرأة محصنين.

٢ ـ حرمة البنت، وقد تقدم معنا أن الدخول بالأم يحرم بنتها على الزوج، أما في الخلوة الصحيحة فلا تحرم البنت على الزوج، وله أن يتزوجها بعد طلاق أمها.

---

(١) هذا غير غريب بالنسبة لقواعد المذهب الحنفي، فإن العقد وحده كاف لإثبات النسب عندهم إذا كان يتصور اللقاء بينهما كأن يكون عن طريق الكرامة ولو لم يقع دخول محسوس أو خلوة، كما أثبتوا النسب في زواج المشرقي من المغربية ولو ثبت عدم اللقاء بينهما.

وموقفهم هذا ناشئ من حرصهم على عدم ضياع الولد. وسيأتي إيضاح لذلك أكثر عند بحث أحوال النسب.

٣ ـ حلها لزوجها الأول، وقد تقدم أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لمطلقها إلا بعد أن تتزوج رجلاً آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يطلقها، فيجوز أن تعود حينئذ إلى الأول، وبالخلوة الصحيحة مع الزوج الثاني لا تحل للأول.

٤ ـ في الميراث، فلو طلقها في مرض موته (وهو طلاق الفار) بعد الخلوة الصحيحة ثم مات أو ماتت وهي في عدتها لا يثبت التوارث بينهما، بخلاف ما لو كان قد دخل بها ثم طلقها في مرض موته ثم مات أو ماتت وهي في العدة فإن التوارث يثبت بينهما.

٥ ـ في تزويجها كالأبكار، إذا دخل الزوج بزوجته أصبحت ثيباً وتأخذ أحكام الثيبات، أما لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها فإنها لا تزال تعتبر بكراً وتجري عليها أحكام الأبكار.

الموت قبل الدخول:

إذا مات الزوج قبل الدخول بها أو الخلوة الصحيحة اعتبر الموت كالدخول[١] في حكم العدة والمهر فحسب، وعليها أن تعتد كعدة الوفاة بعد الدخول، ووجب لها مهر مثلها إن لم يكن المهر مسمى في العقد.

أحوال المهر

قلنا: إن المهر يجب بالعقد الصحيح، ونذكر الآن الحالات التي يتأكد فيها كل المهر أو نصفه أو يسقط كله أو يجب فيها مهر المثل أو المتعة.

وجوب كل المهر:

يتأكد كل المهر المسمى في العقد الصحيح في الحالات الثلاث التالية[٢]:

١ ـ بالدخول، ٢ ـ بالموت قبل الدخول، ٣ ـ بالخلوة الصحيحة.

---

(١) هذا مذهب الحنفية وفيه خلاف الشافعي ومالك.

(٢) استدرك في البحر حالتين أخريين: الأولى: لو طلقها بائناً بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً في العدة وجب كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول. الثانية: لو أزال بكارتها بحجر أو نحوه فإن لها كمال المهر، ويمكن أن يجاب عن الأولى بأن وجوب العدة وتمام المهر الثاني من آثار الدخول السابق، وعن الثانية بأن وجوب المهر كله أثر من آثار الخلوة، إذ لا يعقل أن يزيل بكارتها دون الخلوة بها.

وجوب نصف المهر:

ويجب نصف المهر المسمى في حالة واحدة، وهي ما إذا وقع الطلاق في عقد صحيح سمي فيه المهر تسمية صحيحة، قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، ودليله قوله الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

سقوط المهر كله

إذا وقعت البينونة بسبب من المرأة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة سقط المهر كله، وذلك كما إذا اختارت زوجاً غير كفء وفسخ القاضي العقد بناء على اعتراض الولي، وإلى حالتي وجوب نصف المهر وسقوطه كله أشارت المادتان التاليتان:

المادة ٥٨ ـ إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر.

المادة ٥٩ ـ إذا وقعت البينونة لسبب من قبل الزوجة قبل الدخول، والخلوة الصحيحة سقط المهر كله.

مهر المثل:

يجب مهر المثل في الحالات التالية:

١ ـ إذا لم يسم في العقد مهر بل كان مسكوتاً عنه.

٢ ـ إذا نفي المهر في العقد كقوله: تزوجتك على أن لا مهر لك.

٣ ـ إذا سمي المهر في العقد تسمية فاسدة وذلك:

أ ـ بأن يكون المهر مالاً غير متقوم في الشريعة، كخنزير أو خمر.

ب ـ بأن يكون المهر مجهولاً جهالة فاحشة كأن يتزوجها على ثلاثة قناطير أو على حيوان، أما لو تزوجها على دار أو فرس فإن الواجب حينئذ دار وسط وفرس وسط، لأن الجهالة غير فاحشة.

جـ ـ بأن يسمى في العقد ما لا يصلح مهراً كأن يتزوجها على أن يؤخر دينه على سنة، فإن تأخير الدين ليس مالا حتى يصح تسميته في المهر، ومن أمثلة ذلك

لو تزوجها على أن يخدمها سنة، فإن كان القصد من الخدمة هي الخدمة المعهودة من الخدم في البيوت لم تجز التسمية ووجب مهر المثل، لأن الخدمة في بيت الزوجية واجبة على الزوجة لا الزوج، وإن قصد بالخدمة نحو زراعة أرضها، أو سقي غرسها، أو الإشراف على أملاكها جازت التسمية، لأن هذه الأعمال مما يصح التعاقد عليها في نظر الشريعة.

نكاح الشغار:

ومن التسمية الفاسدة نكاح الشغار، وهو أن يقول الرجل: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، وقد نهى الشارع عن مثل هذا العقد فاعتبر فقهاء الحنفية العقد صحيحاً والتسمية فاسدة، لأنه سمي فيه ما لا يصلح مهراً، فيجب لكل منهما مهر المثل، وقال الشافعي: إن العقد باطل.

مؤكدات مهر المثل:

ويتأكد مهر المثل بالوطء أو الموت، فإذا دخل بها أو مات عنها أو ماتت هي في تلك الحالات وجب لها مهر المثل.

كيف يتحدد مهر المثل:

يتحدد مهر المثل بالنظر إلى مهر مثل المرأة من قوم أبيها كأخواتها وعماتها وبناتهن ممن يساويها في الأمور التالية:

١ ـ السن، ٢ ـ الجمال، ٣ ـ المال، ٤ ـ البلد، ٥ ـ العصر، ٦ ـ العقل، ٧ ـ الدين والتقوى، ٨ ـ البكارة والثيوبة.

وزاد بعضهم أربعة أخرى وهي: ٩ ـ العلم، ١٠ ـ الأدب، ١١ ـ كمال الخلق، ١٢ ـ أن لا يكون لها ولد.

والمعتبر مساواتها لهن في هذه الأوصاف وقت الزواج لا بعده ولا قبله، فإن لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها؛ ينظر إلى أمثالها من الأجانب.

ويجب عنه تقدير مهر المثل أن يشهد به اثنان أو رجل وامرأتان ممن توفر فيهم شروط العدالة، وأن يكون ذلك بلفظ «أشهد» فإن لم يوجد شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه.

والقضاء بمهر المثل لا ينحصر في النظر إلى من يماثلها، بل لو فرض لها القاضي شيئاً من غير ذلك صح.

وقد أشار القانون إلى مهر المثل في الفقرة الأولى من المادة ٦١ :

يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد المهر.

أبحاث المتعة

المتعة مال يدفعه الرجل للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق، ولا فرق بين أن يكون المال نقداً أو ثياباً، غير أن الفقهاء يحددونها بدرع وخمار وملحفة[١]، وليس هذا إيجاباً لكون المتعة ثياباً بل لأنه الشائع المتعارف، فلو أعطاها الزوج نقداً أو مالاً، غير الثياب كان ذلك جائزاً، بل نصوا على أن الزوج لو دفع لها قيمة المتعة أجبرت على القبول، كما نصوا على أن المعتبر في المتعة عرف كل بلد فيما تكتسي به المرأة عند الخروج، وعلى أن الدرع والخمار والملحفة ليس متعيناً بل قد يزداد في بلد عن بلد.

والمعتبر في تقدير المتعة أن تكون بحسب حال الزوج، وقيل: يعتبر بحالها فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب، وإن كانا فقيرين فلها الأدنى، وإن كانا مختلفين فلها الوسط. وفي كل ذلك يشترط أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

وللمتعة حالات: فتجب في الطلاق قبل الدخول ولم يسم لها مهر في العقد، وهذه هي متعة المفوضة[٢] ويشترط أن لا تزيد قيمتها عن نصف مهر المثل، وتستحب فيما عدا ذلك من أنواع الطلاق، وذلك فيما إذا طلقها قبل الدخول وقد سمّى لها المهر[٣]، أو طلقها بعد الدخول سواء سمّى لها المهر أو لا، وهذا عدا ما يجب لها من كمال المهر أو نصفه في حال تسمية المهر، والأصل في المتعة قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة] وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ [البقرة].

---

(١) الدرع: ما تلبسه المرأة فوق القميص، والخمار: ما تغطي به المرأة رأسها، والملحفة: ما تلبسه المرأة فوق ثيابها.

(٢) المفوضة «بكسر الواو» هي من فوضت أمرها إلى وليها أو إلى الزوج بلا مهر، وقد تفتح الواو بمعنى أن وليها فوضها إلى الزوج بلا مهر.

(٣) وقيل أن المتعة في هذه الحالة لا تكون مستحبة وظاهر النصر القرآني يضعف هذا القول.

وإلى بعض أحكام المتعة أشار القانون في الفقرة ٢ من المادة ٦١ :

إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة.

المادة ٦٢ ـ المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزواج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

الأقل من المسمى ومهر المثل:

بقي من أحكام المهر ما إذا طلقها بعد الدخول في عقد فاسد لم يسم فيه المهر فيجب لها حينئذ مهر المثل، أما إذا كان المهر مسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل. فلو سمي المهر في عقد فاسد بألفين وكان مهر مثلها ألفاً ووقع التفريق بعد الدخول فلها ألف فقط، وكذا لو كان الأمر بالعكس بحيث كان مهر مثلها ألفين والمسمى ألفاً فلها المسمى وهو ألف.

وإليك نص القانون في حكم هذه الحالة:

المادة ٦٣ ـ إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر فللمرأة مهر المثل، وإذا كان مسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل.

المحاباة في المهر:

إذا تزوج الرجل في مرض موته وأعطى الزوجة مهراً أكثر من مهر مثلها كان حكم هذه الزيادة حكم الوصية، فتنفذ من ثلث المال، فإن كان الثلث أقل من الزيادة نفذ بمقدار الثلث فقط إلا إذا أجاز الورثة.

وهذا هو نص المادة ٦٤ :

إذا تزوج الرجل في مرض موته بمهر أزيَد من مهر المثل يجري على الزيادة حكم الوصية.

الفصل الثاني

المسكن

نفقة الزوجة على زوجها واجبة كما سيأتي معنا في الفصل الثالث، ومن النفقة[1] الواجبة إيجاد المسكن الصالح للزوجة، لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦]. والمسكن الصالح، هو الذي يؤمن لها راحتها، وتتوفر فيه المرافق الشرعية، ويراعى فيه حالة الزوج، أي أن يكون المسكن مما يسكن فيه أمثاله، سواء كان بيتاً مستقلاً، أو غرفة من بيت إذا كان لها قفل خاص ومرافق خاصة. وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ٦٥ ـ على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله.

ولا تستطيع الزوجة أن تمتنع عن السكن مع زوجها إذا أوجد لها المسكن كما أسلفنا، إلا إذا كانت لم تقبض بعد معجل مهرها، فلها حينئذ أن تمتنع حتى تقبض، فإذا قبضت كان امتناعها عن السكن في بيت الزوج نشوزاً لا تستحق معه النفقة كما سيأتي في المادة ٧٢.

وهذا هو ما صرحت به المادة التالية:

مادة ٦٦ ـ على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها.

ومن شروط المسكن الذي تجبر الزوجة على الانتقال إليه، أن لا يسكن فيه ضرة لها إلا إذا رضيت بذلك، ولا يملك الزوج إجبارها ولو كانت في غرفة مستقلة من غرف الدار التي تسكنها ضرتها، فإن مجرد وجودها معها قد يؤذيها في شعورها، ويثير في نفسها عوامل الغيرة والبغضاء.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ٦٧ ـ ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها.

---

(١) اصطلاح الفقهاء جرى على قصر النفقة على الطعام واللباس، وأما المسكن فهو قسم للنفقة لا قسم منها، وعلى هذا جرى القانون، ولكن الأوفق ما ذكرناه.

وهذا الذي قلناه هو فيما إذا رفضت الزوجة إسكان ضرتها معها. أما إذا رضيت أن تسكن في غرفة مجاورة لها في دار واحدة، فمن الواجب عندئذ المساواة بين الزوجات في السكن بحيث لا يمتاز سكن واحدة عن الأخرى، وإذا أسكن واحدة منهن في دار مستقلة، كان عليه أن يسكن الأخرى في دار مستقلة أيضاً، لا في غرفة من دار، فإن الله تعالى أمر بالعدل بين الزوجات بقوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣].

وإلى هذا أشارت المادة التالية:

مادة ٦٨ ـ عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن.

كذلك ليس للزوج أن يسكن أحداً معها في مسكنها من أهله وإخوته وأولاده، إلا أن يكون ولداً له من غيرها صغيراً غير مميز، هذا إذا ثبت أن في سكنهم معها إيذاءاً لها، لأن راحتها في السكن حق من حقوقها، ولأن في سكن هؤلاء معها ما يحول دون الاستمتاع بالحياة الزوجية على وجه كريم لائق، وكذلك لا يحق لها أن تسكن في داره أحداً من أهلها هي، حتى ولا ولدها الصغير غير المميز من زوج سابق لزوجها الحالي، لأن المقصود أن لا يضر أحدهما بالآخر، وأن لا يعمل كل منهما عملاً من شأنه فوات الراحة والاستقرار بينهما. وفي ذلك تقول المادة التالية:

مادة ٦٩ ـ ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها.

ولما كان سكن الزوجة في بيت الزوجية من حقوق الزوج الذي تترتب عليه وجوب النفقة، كان من الواجب أن تنتقل معه في سفره وتسكن حيث يسكن، ولا تملك الامتناع عن ذلك إلا في حالتين:

الأولى ـ أن تكون قد اشترطت في العقد أن لا ينقلها من بلدها إلى بلد آخر، وقد تقدم في شرح المادة ١٤ أن هذا من الشروط الجائزة التي يلزم الوفاء بها.

الثانية ـ إذا ثبت للقاضي أن السفر مع زوجها يؤذيها في جسمها أو صحتها أو كرامتها أو يعرضها للأخطار، أو أن الزوج أراد بسفرها الإضرار بها والنكاية، فعندئذ يحق للقاضي أن لا يسمح بسفرها مع زوجها.

وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٧٠ ـ تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعاً من السفر.

الفصل الثالث

النفقة

أجمع علماء المسلمين على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في طاعته، والدليل لذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. والمراد بالمولود له: الزوج، والضمير في رزقهن للزوجات أو المطلقات. وقال تعالى أيضاً: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]. وهذا في حق المطلقات أثناء العدة، فحق الزوجات في حال قيام الزوجية أوجب.

وصح عن النبي ﷺ قوله في حجة الوداع: **«ولهنَّ عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**[(١)].

وأيضاً فالقاعدة المقررة في الشريعة، أن من احتبس لمنفعة غيره وجبت نفقته في مال ذلك الغير كالقاضي والموظف والجندي، فإن احتباسهم لما كان لمصلحة الشعب كانت نفقتهم ونفقة من تلزمهم نفقتهم كالأولاد والزوجات واجبة في أموال الشعب تجبيها الدولة بوسائلها المعروفة، وكذلك الزوجة فإنها محتبسة لحق الزوج ومنفعته ولكرامة الأسرة وصيانتها، فوجب أن تكون نفقتها في مال رب الأسرة وهو الزوج.

وهذه النفقة تشمل النفقة في حال قيام الزوجية، والنفقة في حالة العدة من طلاق أو تفريق، لأن العدة ثابتة لحق الزوج وهي أثر من آثار الزواج، فتجب فيها النفقة على الزوج كما تجب في حال قيام الزوجية. وإليك تفصيل القول في النفقة الزوجية ونفقة العدة في الحدود التي وردت في القانون:

أ ـ النفقة الزوجية:

تشمل النفقة الزوجية كل ما تحتاج إليه الزوجة من وسائل معيشتها وحياتها فتتناول:

---

(١) رواه مسلم وأبو داود.

أ ـ الطعام والشراب والغذاء.

ب ـ اللباس والكسوة.

جـ ـ السكنى، وقد تقدم القول فيها.

د ـ التطبيب والعلاج.

هـ ـ الخدمة إن كانت ممن تلزمها الخدمة أو لأمثالها خادم.

والأمور الأربعة الأولى إنما تجب في حدود المعروف لا سرف ولا تقتير، وفي حدود طاقة الزوج، أخذاً من قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ وهذا هو أحد الأقوال في مذهب أبي حنيفة وهو مذهب الشافعي، وأما الخادم ـ وهو لفظ يطلق على الذكر والأنثى ـ فهو مفروض بشرطين:

الأول: قدرة الزوج على أجرة الخادم، فإن كان معسراً لا يجب عليه.

الثاني: أن تكون المرأة ممن يستعمل أمثالها الخدم، كأهلها وأقربائها أما إن كانت من فئة تخدم نفسها بنفسها فلا يجب على الزوج إخدام زوجته، وإن كان الأولى ذلك تخفيفاً عن الزوجة من أعباء البيت وشؤونه.

وإذا كانت النفقة واجبة على الزوج كان من الواجب إما أن يهيِّئ لها مسكنها وطعامها ولباسها وحاجاتها، وإما أن يدفع لها دراهم لقاء ذلك لتقوم هي بتهيئة ما يلزمها، ولا يلزم الزوج بدفع دراهم للنفقة إلا إذا امتنع عن الإنفاق بنفسه أو ثبت تقصيره في ذلك.

وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٧١ ـ ١ ـ النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم.

٢ـ يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره.

متى تجب النفقة؟:

لا تجب النفقة على الزوج إلا بشرطين اثنين:

الأول: أن يكون الزواج بعقد صحيح، أما الزواج بعقد فاسد فلا يوجب نفقة

على الزوج، لأن النفقة جزاء الاحتباس، والزوجة في العقد الفاسد لا يمكن احتباسها لحق الزوج بل يجب التفريق بينهما، حتى لو أنفق عليها ثم تبين له أن العقد كان فاسداً، كما لو تزوج امرأة تبين بعد ذلك أنها أخته من الرضاع، وكان الإنفاق بقضاء القاضي كان من حقه أن يرجع عليها بما أنفق، ولو كان انفاقه عليها برضاه من غير قضاء كان متبرعاً بما أنفق فلا يرجع عليها بشيء.

الثاني: أن تكون الزوجة في حال يتمكن معه الزوج من الاستمتاع بها ولو لم يستمتع بها فعلاً، فإذا ظلت في بيت أهلها برضاه واختياره وجبت نفقتها عليه، أما إذا طالبها بالإنتقال فرفضت بغير حق فليس لها عليه النفقة.

والامتناع بحق هو أن يكون الزوج قد أبطأ في معجل المهر فلم يدفعه إليها، أو أنه لم يهيِّئ لها مسكناً شرعياً تتوفر فيه أسباب الراحة والاستقرار والكرامة ـ كما سبق بحث ذلك في الفصل السابق ـ وفي هاتين الحالتين يجوز للزوجة أن تمتنع عن الانتقال إلى الزوج، فلا يسقط ذلك حقها في النفقة الواجبة.

هذا والنفقة الزوجية واجبة أيضاً عند اختلاف الدين بين الزوجين، إذا كان الزواج بعقد صحيح ولم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوجية بغير حق.

وعلى هذه الأحكام كلها نصت المادة التالية:

مادة ٧٢ ـ ١ ـ تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالنقلة وامتنعت بغير حق.

٢ـ يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيِّئ المسكن الشرعي.

الزوجة المحترفة:

هل تستحق الزوجة المحترفة التي تشتغل في النهار خارج البيت، وتعود إليه في الليل كالمعلمة والصانعة وأمثالهما، نفقة الزوجية الواجبة؟

اختلف الفقهاء في ذلك، والقول الصحيح الذي مشى عليه القانون، أن الزوج إذا رضي بذلك كانت النفقة واجبة عليه، لأن فوات الاحتباس كان برضاه وإن لم يرض بل نهاها عن عملها فأصرت عليه، لا تستحق النفقة الزوجية الواجبة

لأن الاحتباس في هذه الحالة ناقص فلا تجب عليه النفقة إلا إذا كان كاملاً، وتعتبر المرأة بذلك ناشزة وتنطبق عليها المادة ٧٤ الآتية:

وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٧٣ ـ الزوجة التي تعمل خارج البيت نهاراً، وعند الزوج ليلاً، إذا منعها من الخروج وخرجت فلا نفقة لها.

الزوجة الناشز:

قلنا: إن احتباس الزوجة في بيت الزوجية واجب، فإذا تركت دارها ورفضت السكنى مع زوجها وتمردت عليه بغير مبرر شرعي لم تستحق النفقة الواجبة، والمبرر الشرعي هو ما قدمناه في شرح الفقرة الثانية من المادة ٧٢، وهو عدم دفع المهر المعجل لها، أو عدم تهيئة المسكن الشرعي الصالح الذي لا تتأذى فيه، فإذا ثبت أن زوجها قد دفع لها المعجل، وهيأ لها المسكن الشرعي واستمرت في رفضها العودة إلى بيت زوجها كانت ناشزاً تمنع عنها النفقة، ومثل ذلك ما إذا منعت زوجها من الدخول إلى بيتها ولم تكن قد طلبت أن ينقلها إلى بيت آخر يهيؤه هو، فإنها تكون ناشزاً كذلك، أما إذا طلبت إليه أن ينقلها من بيتها إلى بيته ورفض ذلك فلها الحق في أن تمنعه من دخول بيتها ولا تكون بذلك ناشزاً.

وهذا ما دلت عليه المادتان التاليتان:

مادة ٧٤ ـ إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز.

مادة ٧٥ ـ الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر.

تقرير النفقة:

ذهب أحمد ومالك إلى أن النفقة تقدر بحال الزوجين جميعاً، فعلى الموسر للزوجة الموسرة نفقة الموسرين، وعلى المعسر للزوجة المعسرة نفقة المعسرين، وعلى الموسر للزوجة المعسرة أو المعسر للزوجة الموسرة نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين، فإذا لم يكن الزوج في حال تمكنه من دفع النفقة المفروضة أمر بأداء ما يكفي المرأة في شؤونها الضرورية، وما زاد على ذلك كان ديناً في ذمته، وقد قال بهذا فريق من علماء الحنفية وأفتوا به وكان المعمول به قبل صدور هذا القانون.

وقال الإمام الشافعي وبه قال بعض علماء الحنفية: إن تقدير النفقة يكون بحال الزوج، فعلى الزوج الموسر نفقة الموسرين ولو كانت زوجته معسرة، وعلى المعسر نفقة المعسرين ولو كانت زوجته موسرة، لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

وعلى هذا الرأي جرى قانوننا، ولكنه اشترط أن تكون النفقة المفروضة في حال عسر الزوج كافية للقدر الضروري الذي يسد الحد الأدنى لكفاية المرأة.

وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٧٦ ـ تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن الحد الأدنى لكفاية المرأة.

تعديل النفقة:

إذا قدرت النفقة بقدر معين، جاز إعادة النظر في هذا التقدير في حالتين اثنتين:

الأولى: تبدل حالة الزوج من عسر إلى يسر، فإن ذلك من شأنه أن تستحق المرأة نفقة أكثر من النفقة المقدرة في حال عسر زوجها.

الثانية: تبدل أسعار الحاجيات تبدلاً ملموساً، من رخص إلى غلاء أو بالعكس، ولا شك في أن النفقة حين تقدر إنما تراعى فيها أسعار الحاجيات، فإذا تبدلت الأسعار تبدلاً ملموساً كان لا بد من إعادة النظر في تقدير النفقة.

وتبدل الأسعار تبدلاً ملموساً لا يكون إلا في الطوارئ العامة المفاجئة كالحرب والقحط أو الجوائح والكوارث العامة.

فإذا لم يقع شيء من ذلك لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص قبل مضي ستة أشهر على فرض النفقة، لأن الغالب أن الأسعار لا تتبدل في أقل من تلك المدة.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ٧٧ ـ ١ ـ تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد.

٢ ـ لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية.

الحكم بالنفقة:

الأصل في وجوب النفقة أن يثبت بمجرد امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته ولو امتد ذلك سنوات، وهذا هو الحكم ديانة، فكل ما ثبت من النفقة في ذمة الزوج يجب عليه أداؤها بالغة ما بلغت.

إلا أن القانون منع الحكم بالنفقة لمدة أكثر من أربعة أشهر سابقة على الادعاء حتى لا يترك مجالاً لإرهاق الزوجة زوجها، إذ تترك مطالبته بالنفقة سنوات كثيرة ثم تطالبه بها مرة واحدة، فيقع في الحرج والضيق.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ٧٨ ـ يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه.

٢ ـ لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للإدعاء.

سقوط النفقة:

إذا فرضت النفقة على الزوج أصبحت ديناً صحيحاً ثابتاً في ذمته لا يسقط عنه إلا كما تسقط الديون الثابتة، وذلك بالأداء أو الإبراء، ويجوز التقاص، فإذا كان للزوج على زوجته دين ثابت؛ جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة.

وهذا ما أوضحته المادة التالية:

مادة ٧٩ ـ النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

إعسار الزوج:

إذا حكم على الزوج بالنفقة ولم يمكن استيفاؤها من الزوج لعسر مالي أصابه أو لعارض آخر من غياب أو سجن أو غير ذلك، وجب على من يكلف بالإنفاق عليها ـ فيما لو كانت غير ذات زوج ـ من أب أو جد أو أخ أن ينفق عليها بالقدر المفروض، فإذا دفع ذلك، كان من حقه أن يرجع على الزوج حين يمكن الاستيفاء منه.

أما إذا أذن القاضي للزوجة بالاستدانة من غير من يكلف بالإنفاق عليها من أقربائها، كان لمن استدانت منه النفقة أن يرجع على الزوج إن شاء، أو أن يرجع عليها، وهي ترجع بعد ذلك على الزوج وهذا مدلول المادة التالية:

مادة ٨٠ ـ ١ ـ إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج.

٢ ـ إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها.

كيف تقدر النفقة:

القاضي هو الذي يقدر النفقة في حال الترافع أمام القضاء، ولا بد أن يكون تقديره مستنداً إلى معرفة تامة لحاجات الزوجة وتكاليف المعيشة وأسعار السلع، ومن أجل ذلك كان له أن يستعين بآراء الخبراء في مثل هذه الحالات إذ لا يفرض فيه أن يكون ملماً بذلك كله.

وهذا هو حكم المادة التالية:

مادة ٨١ ـ يقدر القاضي النفقة، ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة، وله الاستئناس بآراء الخبراء.

الإسلاف أثناء الدعوى:

قد تطول مدة الدعوى فتقع المرأة في حرج من تأخير الحكم، لحاجتها إلى ما تنفق منه على نفسها، فإذا قدرت النفقة ولم تتم الدعوى بعد، جاز للقاضي أن يأمر الزوج بإسلاف زوجته مبلغاً من المال لا يزيد عن نفقة شهر واحد قابل للتجديد مرة بعد مرة حتى تنتهي الدعوى، وإذا أمر القاضي بذلك كان له قوة الأحكام القطعية التي لا تقبل طريقاً من طرق المراجعة، بل يجب تنفيذه فوراً، رعاية لحاجة الزوجة للنفقة.

وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٨٢ ـ ١ ـ للقاضي أثناء النظر بدعوى النفقة وبعد تقديرها أن يأمر الزوج عند اللزوم بإسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ويمكن تجديد الإسلاف بعده.

٢ ـ ينفذ هذا الأمر فوراً كالأحكام القطعية.

ب ـ نفقة العدة:

قلنا: إن النفقة الواجبة على الزوج تشمل نفقة الزوجة أثناء عدتها، وعلى هذا إذا طلق الرجل امرأته أو فرق القاضي بينهما لسبب من أسباب التفريق الواردة في القانون، أو فسخ الزواج لسبب من الأسباب، كان من الواجب أن ينفق عليها ما دامت في العدة، نفقة كنفقة الزوجية في اللباس والطعام والسكن والعلاج والخدمة، ويكون الحكم بها من تاريخ وجوب العدة، ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر دفعاً للإعنات عن الزوج.

وهذا ما دلت عليه المادتان التاليتان:

مادة ٨٣ ـ تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ.

مادة ٨٤ ـ نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها من مدة أكثر من تسعة أشهر.

ملاحظة على القانون:

ويلاحظ أن المادة ٨٤ منعت القضاء على الزوج بنفقة العدة لمدة تزيد عن تسعة أشهر، مع أن عدة الممتدة الطهر سنة كاملة كما سيأتي في الفقرة ٢ من المادة ١٢١ فكان الواجب أن يجعل أقصى المدة سنة لا تسعة أشهر.

الكتاب الثاني

انحلال الزواج

الباب الأول

في الطلاق وأحكامه

تمهيد

في حكمة الطلاق ومبرراته

الإسلام دين واقعي مثالي، فهو لا يجعل الواقع أساس تشريعه، ولا يهمل المثل العليا لضرورات الواقع، ولكنه يهدف إلى تحقيق المثل العليا مع معالجة الواقع بروح تتسم باليسر وتحقيق المصالح.

وقد قدمنا أن الإسلام يحتم في عقد الزواج أن يكون للتأبيد ولا يجيز تحديده بمدة معينة ولكن الواقع الإنساني عبر التاريخ القديم والحديث يثبت أن الحياة الزوجية المؤبدة تصبح في كثير من الأحيان مستحيلة التحقق. بسبب ما ينشأ بين الزوجين من خلاف وخصومات وتباين في وجهات النظر.

موقف اليهودية والنصرانية من الطلاق:

وقد سلكت الديانتان السابقتان للإسلام وهما: اليهودية والنصرانية مسلكين متباينين في معالجة مشكلة الخلاف العائلي:

فقد قضت الشريعة اليهودية بحل عقدة الزواج حلاً نهائياً أبدياً بإيقاع طلقة واحدة على المرأة لا يحل من بعدها للزوجين أن يعودا إلى الحياة الزوجية ولو عادا إلى الصفاء والتفاهم.

وقضت الديانة المسيحية بمنع انحلال عقدة الزواج مهما كانت الأسباب إلا في أحوال نادرة ضيقة تختلف الطوائف المسيحية في تحديد نطاقها.

موقف الإسلام ومجمل نظام الطلاق فيه:

أما الإسلام فقد سلك في معالجة الخلاف العائلي الخطوات التالية:

١ـ دعا الزوجين إلى أن يتحمل كل منهما أخلاق الآخر بصبر وتؤدة. وأن يتعاشرا فيما بينهما بالحسنى ولو كره أحدهما الآخر: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ فَإِن

كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾.

٢ـ فإن اشتد الخلاف بحيث لم يعد يتحمل أحدهما تصرفات الآخر، أوجب الإسلام أن تشكل محكمة عائلية لحل الخلاف بينهما في حدود الأسرة وتكون لجنة التحكيم مؤلفة من عضو يختاره الزوج وعضو تختاره الزوجة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾.

٣ـ فإذا لم ينفع التحكيم أجاز الإسلام أن يقع الطلاق بين الزوجين لمرة واحدة تعتد فيها الزوجة في بيت الزوجية لمدة تقرب من ثلاثة أشهر ـ وهي المدة التي تحيض فيها المرأة ثلاث حيضات ثم تطهر منها ـ وفي هذه الحالة تعيش المرأة في بيت الزوجية ولكنها لا تعاشر زوجها معاشرة الأزواج. وفي ذلك من الحكمة إيجاد فرصة لإعادة المياه إلى مجاريها بمضي فترة تهدأ فيها أعصاب كل من الزوجين، ويراجع كل منهما نفسه في تصرفاته التي أدت إلى هذا الإنفصال، وما فيه من وحشة لا يتحملها كل واحد منهما بعد أن تعارفا وأفضى أحدهما إلى الآخر.

والطلاق حينئذ مع جوازه مكروه وقد جاء في الحديث: «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**».

هذا والطلاق في هذه الحالة وخلال هذه العدة يسمى طلاقاً رجعياً، بمعنى أنه يجوز للزوج أن يرجع زوجته إليه قبل العدة بالقول أو بالفعل بأن يعاشرها معاشرة الأزواج، فتحل له من غير عقد ولا مهر جديدين.

٤ـ إذا انتهت العدة ولم يراجع الزوج زوجته أصبحت طالقة منه طلاقاً بائناً فلا يستطيع الزوج أن يجبر زوجته على العودة إليه كما في الطلاق الرجعي ـ خلال العدة ـ بل تصبح الزوجة حرة أن ترجع إليه إذا شاءت وبين أن تتزوج رجلاً آخر، وشأن الزوج في هذه الحالة كشأن أي رجل آخر يتقدم إليها برغبته في الزواج منها، فإن شاءت قبلت وإن شاءت رفضت.

٥ـ إذا عادا إلى الحياة الزوجية ـ سواء في الطلاق الرجعي أو البائن ـ ثم تكرر الخلاف نعيد نفس الخطوات: من إيصائهما بتحمل أحدهما الآخر، وإلا فبتحكيم واحد من طرفه وواحد من طرفها، فإن لم يمكن إعادة الصفاء بينهما جاز إيقاع الطلقة الثانية، وتكون خلال العدة رجعية، فإذا انتهت ولم يراجع الزوج

زوجته انقلبت الطلقة إلى بائنة ولا يحل له العودة إلى زوجته إلا بعقد ومهر جديدين.

٦ـ فإذا عاد إليها للمرة الثانية نعود إلى اتخاذ الخطوات السابقة، فإذا لم ينفع التحكيم جاز له إيقاع الطلقة الثالثة، وتقع بائنة منذ إيقاعها وتسمى البينونة الكبرى، ولا يجوز أن يعود إلى الحياة الزوجية من جديد إلا بعد أن تكون المرأة قد تزوجت زوجاً آخر وخبرت الحياة معه، ثم انتهى زواجها منه بالطلاق، وعندئذ يحل للزوج أن يتزوجها ويملك معها ثلاث طلقات كشأنه في الحالة الأولى وقد أشرنا إلى الحكمة من ذلك فيما مضى وسنوضح ذلك أكثر فيما يأتي.

هذه هي الخطوات التي اتبعها الإسلام في الإبقاء على الحياة الزوجية ومعالجة الخلاف الناشب خلالها، ومنها يتضح أن الإسلام لا يمنع الطلاق كالمسيحية، ولا يبيحه بحيث إذا وقع مرة واحدة انحلت عرى الزوجية بينهما إلى الأبد كما هو الحال في اليهودية، كما يتضح منه أن الإسلام لم يحرم الزواج من المطلقة ولم يمنع المطلق من الزواج مرة ثانية كما هو التشريع المعمول به في المسيحية.

ونعتقد أن هذا الأسلوب الذي سلكه الإسلام هو الأسلوب العملي المتفق مع المبادئ الأخلاقية، وقد وجدت الشعوب المسيحية نفسها مضطرة آخر الأمر إلى إباحة الطلاق ولكنها لم تقيد إجراءاته بالقيود التي جاء بها الإسلام، فساءت الحياة الأخلاقية في الغرب. وفككت روابط الأسرة، وفقد الزواج قدسيته وهيبته، وفي الاحصاءات التي تنشر عن الطلاق والزواج في الغرب ما يؤكد ما نقول.

لماذا جعل الطلاق في يد الرجل؟

بقي أن نذكر أن الإسلام يجعل الطلاق بيد الرجل في الأعم الأغلب، وذلك خير من تقييده بحكم المحكمة أو بتراضي الزوجين، وهو منسجم مع نظام الزواج وآثاره في الإسلام.

فالرجل هو الذي يدفع المهر، وهو الذي ينفق على الزوجة وعلى البيت، فليس من المعقول أن نجعل حل عقدة الزواج بيد المرأة وحدها، إذ هي لا تتضرر مادياً بالطلاق كما يتضرر الرجل، وليس من الحكمة أن نجعله رهناً بمشيئتهما معاً، أي بوجوب موافقة الزوجة على الطلاق إذا شاء الرجل ذلك، فإن الرجل لا يقدم على الطلاق وفيه ما فيه من الخسارة المادية والمعنوية له إلا وهو يائس من استمرار الحياة الزوجية بينهما، فكيف نجبره أن يعيش مع امرأة كرهها حتى لم يعد يطيق معها بقاء.

وليس من مصلحة الزوجة نفسها ولا الرجل أن نجعل الطلاق بيد المحكمة، لما يؤدي ذلك إلى إفشاء الأسرار العائلية، ونشر الفضائح عن الرجل والمرأة، وأقاويل السوء عن المرأة التي إذا ذاعت أشاعت الشقاء في حياتها والخيبة في محاولاتها للزواج مرة أخرى، ومن الملاحظ أن جعل الطلاق في المحكمة عند الغربيين يجيء شكلياً، ففي الغالب يتم الطلاق متى أراد الرجل ذلك، وفي البلاد التي يشترط لإيقاع الطلاق زنى الزوج أو الزوجة يلجآن غالباً إلى ادعاء الزنى ليحكم لهما بالطلاق، وهذا في منتهى القبح الأخلاقي.

وإذا كانت من القواعد المسلم بها قاعدة: «الغرم بالغنم» كان من العدالة أن نعطي الرجل حق إيقاع الطلاق ما دمنا قد ألزمناه بالمهر ونفقات الزوجة والأسرة، فلا يهدم ما بناه إلا وهو عارف بما كلفه الزواج الأول من نفقات وما يكلفه الزواج الثاني من نفقات أيضاً.

على أن الإسلام قد أعطى المرأة فرصة إيقاع الطلاق من جهتها، وذلك بأن تشترط في عقد الزواج أن يكون لها حق الطلاق، فإذا وافق الزوج على ذلك كان من حقها أن تطلق نفسها منه متى شاءت.

وأعطى الإسلام فرصة للزوجة في الطلاق من زوجها إذا رضيت أن تتنازل له عن مؤخر مهرها، أو تدفع له مبلغاً من المال يكون بمثابة التعويض له عما يناله من خسارة بسبب إيقاع الطلاق، فإذا تراضيا على ذلك وقع الطلاق من الرجل حينئذ ويسمى (الخلع أو المخالعة) وستأتي أحكامه.

والإسلام لم يوصد أمام الزوجة الأبواب لخلاصها من عذاب الزوجية إذا كانت تتضرر من ذلك بمرض الزوج مرضاً منفراً أو مُعْدِياً، أو بإساءة الزوج معاملتها بحيث تتضرر وتتأذى من بقائها معه، أو بأسباب أخرى سنذكرها فيما بعد، عندئذ يجوز لها أن ترفع الأمر إلى القاضي الذي يفرق بينهما إذا وجد سبباً من الأسباب المبيحة للتفريق.

وهكذا نجد أن الإسلام حين أعطى حق الطلاق للرجل، لم يجعله متحكماً في أمر الزوجة بحيث لا تستطيع التخلص من حياتها الزوجية معه إلّا بمشيئته، بل أباح لها أحياناً وأعطى للقاضي أحياناً سلطة الخلاص من مثل هذا الزوج المستبد الظالم وبذلك يكون نظام الطلاق في الإسلام قد ضمن لكل من الزوج والزوجة مصلحته المشروعة.

طرق انحلال الزواج

لانحلال الزواج ثلاث طرق: ١) الطلاق من الرجل، أو من المرأة إذا اشترطت ذلك في عقد الزواج، ٢) المخالعة وهي الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة للزوج لقاء خسارته بالطلاق، ٣) التفريق بواسطة القضاء وسنتكلم على أحكام كل حالة من الحالات الثلاث:

أولاً ـ الطلاق

من يملك الطلاق:

الأصل في الطلاق أن يملكه الزوج متى كان بالغاً عاقلاً، ولكن القانون ـ لما جعل الأهلية الكاملة للزواج في سن الثامنة عشرة فلا يسمح بإجراء العقد قبل هذه السن إلا بموافقة القاضي ـ جعل الأهلية الكاملة للطلاق أيضاً في سن الثامنة عشرة، إلا إذا سمح القاضي ـ لمن هو دون هذه السن إذا كان بالغاً ـ بإيقاع الطلاق وفي هذا تقول المادة التالية:

مادة ٨١ ـ ١ ـ يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره.

٢ ـ يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

على من يقع الطلاق؟

لا يقع الطلاق إلا إذا صادف محله وهي المرأة التي تزوجها المطلق في عقد صحيح، أو المعتدة من طلاق رجعي، فالمرأة في العقد الفاسد لا يقع عليها طلاق والتي اعتدت من طلاق بائن إذا انتهت عدتها لا يقع عليها الطلاق، حتى ولو كان معلقاً كأن يقول لها: إذا انتهيت من عدتك فأنت طالق، فإن هذا لا يقع به طلاق.

وإلى هذا أشارت المادة التالية:

مادة ٨٦ ـ محل الطلاق المرأة في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق

رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقاً.

بماذا يقع الطلاق؟

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج:

١ - فيقع بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفاً للدلالة على الطلاق.

٢ - ويقع بالكتابة كأن يكتب لزوجته كتاباً يخبرها فيه بطلاقه لها.

٣ - ويقع من الأخرس أو معقول اللسان بالإشارة الواضحة التي تدل على إيقاع الطلاق في إشارات الخرس إذا كان عاجزاً عن الكتابة.

وهذا هو ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ٨٧ - يقع الطلاق باللفظ والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

الوكالة في الطلاق؟

وكما يجوز التوكيل بالزواج، يجوز التوكيل بالطلاق، سواء كان لشخص أجنبي أو للمرأة نفسها بأن يفوضها بإيقاع الطلاق متى شاءت، وتسمى بالمرأة المفوضة. وفي كلتا الحالتين يقع الطلاق من الوكيل ومن المفوضة وينفذ على الزوج.

مادة ٨٨ - للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها.

ممن يقع الطلاق؟

الأصل في الطلاق أن لا يقع إلا من العاقل البالغ لما يتكلم به من ألفاظ الطلاق، ولكن السنة بينت أن **«ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح، والطلاق، والرجعة»**[١].

والغرض من ذلك إبعاد الناس عن اللعب بهذه الألفاظ لخطورة هذه العقود

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، والمشهور في كتب الفقه و «العتاق» بدلاً من (الرجعة) قال ابن حجر: «وقع عند الغزالي العتاق بدلاً من الرجعة ولم أجده» فيض القدير للمناوي: ٣/ ٣٠٠.

وخطورة آثارها، وقد كان العمل الجاري في المحاكم الشرعية قبل صدور هذا القانون إيقاع طلاق السكران والمكره والغضبان، وهو مذهب أبي حنيفة؛ وحجته في ذلك أنه إذا كان الطلاق يقع بالهزل من غير قصد لمعناه، فإنه يقع من المكره أيضاً لوجود لفظ الطلاق منه، ويقع من السكران لوجود اللفظ، وإن لم يقصد المعنى كالهازل، ولأن في إيقاعه عليه معنى العقوبة أيضاً، ومثل ذلك الغضبان، فإنه فاهم لما يقول وإن يكن غير قاصد، ولكن القانون أخذ بمذاهب الأئمة الثلاثة الآخرين من عدم إيقاع طلاق السكران والمكره. كما أخذ بمذهب أبي حنيفة في عدم وقوع طلاق المدهوش، وهو الذي فقد تمييزه عند النطق من غضب أو مرض أو غيرهما حتى أصبح لا يدري ما يقول، وهذا طريق حسن يتفق مع روح الشريعة ومع مصالح الناس، وهو الذي دلت عليه المادة التالية:

مادة ٨٩ ـ ١ ـ لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكروه.

٢ ـ المدهوش: هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول.

اليمين بالطلاق:

يقع الطلاق منجزاً إذا كانت صيغته منجزة، أما إذا علقه على وقوع أمر، كأن يقول لها: إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، يقصد بذلك منعها من الدخول لا إيقاع الطلاق، أو يقصد بذلك التأكيد عليها بترك الدار كاليمين يقصد به الاستيثاق والتأكيد... ففي هذه الحالات لا يقع الطلاق إذا وقع ما علق عليه، وإنما تكون فيه كفارة اليمين عند الحنث. وهذا مذهب داود الظاهري وبعض أصحاب الشافعي وأحمد، خلافاً لمذاهب الأئمة الأربعة.

والحكمة تقتضي الأخذ بما ذهب إليه القانون لكثرة اعتياد الرجل مثل هذه الصيغ، ولما يجره ذلك من شقاء الأسر والعائلات. أما إذا علق الطلاق وهو إيقاعه فعلاً حين حصول المعلق عليه فإنه يقع حينئذ قولاً واحداً. وهذا ما دلت عليه المادة التالية:

مادة ٩٠ ـ لا يقع الطلاق غير المنجز، إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل القسم لتأكيد الأخبار لا غير.

عدد الطلقات:

اعتبر الشارع الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتاً هو ما كان

بعد ثلاث طلقات متفرقات، تعتد المرأة بعد إيقاع كل طلقة بعدة الطلاق[1] - وستأتي معنا أبحاث العدة - وهذا هو المفهوم من قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة].

وإذا كان كذلك فالطلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلقة واحدة، فلو قال لها: أنت طالق مرتين أو ثلاثة. أو قال لها: أنت طالق وأشار بأصبعيه أو ثلاث أصابع.. يريد بذلك عدد الطلقات لم يكن الواقع إلا طلقة واحدة، وهذا هو الذي يتمشى مع حكمة التشريع في جعل الطلاق على ثلاث مرات، وهو قول بعض الصحابة وذهب إليه بعض أهل الظاهر، وأفتى به ابن تيمية وابن القيم، وهو مذهب الإمامية[2]، وذهب الأئمة الأربعة وجماهير العلماء إلى أن الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة يقع بما اقترن به، ولكل من الفريقين أدلة مبسوطة في كتب الفقه.

وقد سار القانون على رأي ابن تيمية ومن وافقه فقال:

مادة ٩١ ـ يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات.

مادة ٩٢ ـ الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً.

النية في ألفاظ الطلاق:

إذا وقع الطلاق بلفظ صريح يدل عليه لغة كقوله: أنت طالق، أو عرفاً كقوله: أنت علي حرام، لم يكن في حاجة إلى النية معه بل يقع بمجرد التلفظ به، وإن وقع بالألفاظ الكنائية أي التي يكنى بها عن الطلاق، كقوله: اذهبي إلى أهلك فإنه يحتمل بمجرد الطلب إليها أن تذهب إلى أهلها، ويحتمل إرادة الطلاق، فلا بد فيه من النية، فإن نوى فيه الطلاق وقع وإلا فلا.

وهذا هو الحكم الذي أتت به المادة التالية:

مادة ٩٣ ـ يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية، ويقع

---

(١) وهذا هو طلاق السنة أو أحد نوعيه، انظر البدائع: ٣/ ٨٨.

(٢) انظر: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: ٢/ ١٤٨ وذكر فيه قولاً عندهم بأنه لا يقع الطلاق المقترن بأكثر من واحدة، بل يبطل الجميع.

بالألفاظ الكنائية التي تتحمل معنى الطلاق وغيره بالنية.

الطلاق الرجعي والبائن:

الطلاق الرجعي هو الذي لا يحتاج فيه لعودة الزوجة إلى زوجها إلى تجديد العقد ولا المهر ولا الاشهاد، والطلاق البائن هو ما لا بد فيه من تجديد العقد والاشهاد عليه والمهر عند إرادة العودة إلى الحياة الزوجية بين الزوجين.

والطلاق الرجعي يقع بكل لفظ من ألفاظ الطلاق، وعلى المرأة أن تعتد بعده، فإذا شاء الزوج العودة إلى زوجته قبل إنتهاء مدة العدة، كفى فيه أن يعاشرها من جديد معاشرة الأزواج، فيعودان زوجين شرعيين[1]، أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها كان طلاقاً بائناً، ولا يملك إرجاعها بعد ذلك إلا بعقد جديد ومهر جديد.

وقد نص القانون على أن كل طلاق يقع رجعياً ـ وهذا خلاف مذهب أبي حنيفة ـ إلا الطلاق في الحالات الآتية:

١ـ الطلاق الثالث فإنه يقع فوراً طلاقاً بائناً بحيث لا يملك الزوج إرجاع زوجته خلال العدة منه ولا بعدها إلا أن تنكح زوجاً آخر.

٢ـ الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإنه يقع بائناً لأنه لا عدة فيه.

٣ـ الطلاق على مال ـ وهو الخلع ـ فهذا يقع بائناً.

٤ـ ما نص القانون على اعتباره طلاقاً بائناً، وهو التفريق للعلة، والتفريق للشقاق بين الزوجين.

والطلاق ولو كان رجعياً، يحتسب في عداد الطلقات التي يملكها الرجل وهي ثلاث، فإذا طلق زوجته ثم راجعها في العدة احتسبت عليه طلقة واحدة، فلا يملك بعدها إلا طلقتين.

البينونة الصغرى والكبرى:

هذا ويقسم الطلاق البائن إلى بينونة صغرى وبينونة كبرى؛ أما البينونة الصغرى: فهو الطلاق البائن في المرة الأولى والثانية، إذ أن الرجل يملك أن يعيد زوجته إليه بعقد جديد، وأما البينونة الكبرى: فهو الطلاق في المرة الثالثة، حيث

---

(١) وقال الشافعي: لا بد من أن يقول لها: راجعتك.

لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه مطلقاً إلا إذا تزوجت زوجاً آخر ثم طلقها الزوج الجديد، فعند ذلك يجوز للأول أن يتزوجها بعد إنقضاء عدتها من طلاق الزوج الثاني.

وإليك نص المادة التي دلت على هذه الأحكام:

مادة ٩٤ ـ كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون.

وهنا نفيض فيما وعدناك به من حكمة هذا الحكم الذي يبدو صعباً على النفوس...

إن الحكمة في عدم حل المطلقة ثلاثاً لمن طلقها إلا بعد أن تتزوج آخر ثم يطلقها، هو أن إيقاع الطلقة الثالثة لا يكون إلا بعد استفحال الخصومة بين الزوجين بحيث يكون استمرار الحياة الزوجية مع ذلك شقاء ليس بعده شقاء، ولو أبحنا له أن يعود إلى الزواج منها بعد طلاقها للمرة الثالثة، ثم يعود فيطلقها، ثم يعود فيراجعها، لكان ذلك عبثاً في الحياة الزوجية، وفسح المجال لاستمرار تعاسة الأسرة إلى ما لا نهاية له. فلا بد من جعل حد يقف عنده هذا الخلاف. وذلك بأن لا نسمح للزوجين بالعودة إلى الحياة الزوجية بعد الطلقة الثالثة إلا بعد أن تكون قد تزوجت آخر، وجربت الحياة الزوجية بعيداً عن زوجها الأول، فإذا عادت إليه بعد ذلك عادت بروح جديدة وخلق جديد.

وأيضاً فإن زواج المرأة من رجل آخر ثم عودتها إلى زوجها الأول، أمر شديد الوقع على نفس كل من الزوج والزوجة، وهو مما تنفر منه النفوس الكريمة، فكان تعليق إباحة عودتهما إلى الحياة الزوجية بعد الطلقة الثالثة، على التزوج من زوج آخر، منعاً في الحقيقة لإيقاع الطلقة الثالثة بحيث لا يقدم عليها الزوج وهو يعلم ما وراءها من حكم قاس تنفر منه نفسه إلا وقد يئس من إمكان استمرار حياته معها.

هذا هو ما يبدو واضحاً من الحكم في هذه المسألة ومنه نعلم أن زواج الرجل الآخر ثم طلاقه لها يجب أن يكون طبيعياً من غير تواطؤ لتحليلها للزوج الأول، وقد جاء النهي الشديد عنه، وذهب كثير من العلماء إلى بطلانه وعدم انعقاده.

الباب الثاني

المخالعة

تعريف الخلع:

هو أن يتفق الرجل والمرأة على الطلاق لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها، فهو طلاق بمال.

شروط صحته:

يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، أي أن يكون عاقلاً بالغاً يملك أهلية التصرف في ماله، وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق أي أن تكون زوجة شرعية في عقد صحيح، أو معتدة من طلاق الزوج في عقد صحيح.

فإذا كانت الزوجة التي خالعت زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المالي لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك، والمراد بالولي هنا من له الولاية على مالها، لا الولي على نفسها، وإلى هذا ذهبت المادة التالية:

مادة ٩٥ ـ ١ ـ يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلًا له.

٢: المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال.

متى يتم الخلع؟

لا يصبح الخلع لازماً إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول، وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر، وهذا حكم المادة التالية:

مادة ٩٦ ـ لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

بماذا يصح الخلع؟

كل ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يقع الخلع عليه، وقد قدمنا أن المهر يجوز بكل ما يصح التزامه شرعاً ـ راجع شرح المادة ٥٤.

وهذا هو ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ٩٧ ـ كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع.

آثار الخلع:

قلنا: إن الخلع طلاق لقاء مال تقدمه الزوجة، فإذا كان الذي اتفقا عليه هو أن تدفع المرأة مثلاً ألف ليرة، ولم يتعرضا للمهر المتأخر، فإن المبلغ المتفق عليه هو الواجب أداؤه، وقد برئت بذلك ذمة كل من الزوج والزوجة من كل حق يطالبه به الآخر حتى ولو كان المهر والنفقة الزوجية، ومعنى ذلك أن بدل الخلع يسقط كل حق سابق عليه، وكذا إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة كان ذلك مسقطاً لحق كل منهما على الآخر من مهر أو نفقة.

وهذا هو ما دلت عليه المادتان التاليتان:

مادة ٩٨ ـ إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية.

مادة ٩٩ ـ إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة، برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية.

الخلع من غير بدل:

إذا وقع الخلع من غير بدل بأن صرح الزوج أو الزوجة بنفي المال في هذا الخلع، كان ذلك طلاقاً محضاً ولا تقع به إلا طلقة واحدة رجعية.. وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ١٠٠ ـ إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية.

نفقة العدة في الخلع:

لا يسقط بدل الخلع النفقة الواجبة على الزوج في حال العدة، فإنه حق جديد ناشئ بعد عقد الخلع، ولا يبرأ الزوج من هذه النفقة إلا إذا نص صراحة في العقد على إسقاطها.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ١٠١ ـ نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

بدل الخلع ورضاع الطفل:

قد يتفق الزوج والزوجة في عقد المخالعة على أن لا تدفع المرأة للزوج مالاً ولكن تعفيه من أجرة رضاع الولد، أو تنفق عليه مدة معلومة، وهذا اتفاق صحيح نافذ، فإذا تزوجت الأم بعد ذلك أو تركت ولدها، أو ماتت أو مات الولد كان من حق الزوج أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية في حال تركها له، أو وفاتها أو وفاته عندها.

فإن كانت الأم معسرة عند المخالعة أو كانت موسرة ولكنها أعسرت فيما بعد، لا يترك الولد من غير نفقة، بل يجب أن ينفق الأب على ولده، ويكون ما أنفقه ديناً على الأم يطالبها به عند يسارها.

وهذا ما صرحت المادة التالية به:

مادة ١٠٢ ـ ١ ـ إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة رضاع الولد أو اشترط إمساكها له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد يرجع الزوج بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

٢ ـ إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم.

بدل الخلع وحضانة الطفل:

حضانة الطفل حق من حقوق أمه، فإذا اشترط الرجل في عقد المخالعة أن يكون حق إمساك الولد له مدة الحضانة، فما حكم ذلك؟ المخالعة صحيحة والشرط باطل، ويجوز لمن كان لها حق الحضانة أن تأخذه من أبيه وتطالب بأجرة حضانته ونفقته إن كان الولد فقيراً.

وهذا هو ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ١٠٣ ـ إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط، وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته إن كان فقيراً.

دين الخلع ونفقة الولد:

إن حق الولد في النفقة من الديون القوية التي لا يمكن أن يجري فيها التقاص بين الحاضنة وبين الأب، فلا تسقط نفقته المستحقة على أبيه لقاء دين أبيه على حاضنته التي خالعها وذلك لتكون تربية الولد ومعيشته بنجوى من الإهمال والضياع.

وهذا ما نصت عليه المادة التالية:

مادة ١٠٤ ـ لا يجري التقاص بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته.

الباب الثالث

التفريق

يختلف التفريق عن الطلاق بأن الطلاق يقع من الزوج باختياره وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي، وقد يكون طلاقاً ـ كما هو في الحالات التي سيذكرها القانون في هذا الباب ـ وقد يكون فسخاً[1] للعقد من أصله كما هو الحال في التفريق في العقد الفاسد.

وقد ذكر القانون أربع حالات للتفريق أخذ بعضها من مذهب أبي حنيفة وأكثرها من مذهب مالك وأحمد كما سنذكره عند بحث كل حالة من هذه الحالات.

أ ـ التفريق للعلل

تنقسم العلل إلى قسمين:

١ـ علل جنسية تمنع من الدخول كالجب والعنة والخصاء في الرجل، والرتق والقرن في المرأة.

٢ـ علل لا تمنع من الدخول ولكنها أمراض منفرة أو ضارة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر، كالجذام والبرص والجنون والسل والزهري.

مذاهب العلماء في العلل:

اختلفت مذاهب الفقهاء في حكم هذه العلل إذا وجدت في الزوج أو الزوجة: فذهبت الظاهرية إلى أنه لا حق لأحد من الزوجين في طلب التفريق بسبب علة من العلل مطلقاً ولو كانت من العلل الجنسية، لأنه لم يصح عندهم ما

---

(١) الفرق بين الطلاق والفسخ أن الطلاق يعني إنهاء الزواج وتقرير الحقوق السابقة من المهر ونحوه، واحتسابه من الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على امرأته، وهو لا يكون إلا في العقد الصحيح، أما الفسخ فيعني نقض العقد من أصله أو منع استمراره، كما يعني عدم احتسابه من الطلقات التي يملكها الرجل، وهو يكون غالباً في العقد الفاسد أو غير اللازم.

يصلح للاستدلال به على طلب جواز الفسخ في هذه الحالات[1].

وذهب فريق من العلماء - منهم **ابن شهاب** الزهري وشريح **وأبو ثور** - إلى جواز طلب التفريق من كل عيب مستحكم، وسواء كان في الزوج أو الزوجة؛ لأن العقد قد تم على أساس السلامة من العيوب، فإذا انتقلت السلامة فقد ثبت الخيار.

وهذان الرأيان كما ترى على طرفي نقيض.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن العيوب الجنسية إن كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسخ النكاح، لأنه يملك تطليقها في أي وقت يشاء، وإن كانت في الرجل فلها الفسخ في ثلاثة منها فحسب وهي: الجب والخصاء والعنة. أما العلل غير الجنسية فلا خيار للرجل ولا للمرأة في حق الفسخ[2].

وذهب محمد إلى أن العيوب إن كانت في المرأة فلا حق للرجل في طلب الفسخ جنسية كانت أم غير جنسية، لأن الرجل يملك التطليق حين يريد، وإن كانت في الرجل فلها الخيار في طلب الفسخ في العيوب الجنسية، ولها أيضاً طلب

---

(١) المحلى: ١٠/١٠٩.

(٢) المقرر في الفقه الحنفي أن عقد النكاح يرد على المتعة الجنسية، فمتى أمكنت لا يضر فوات أي وصف مرغوب في المرأة، قال الكمال بن الهمام: «لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة (البكارة) والجمال والرشاقة وصغر السن، فظهرت عجوزاً شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح»! ونرى أن هذا بعد عن حكمة التشريع في الزواج لا يتفق مع قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ فأين سكن النفس واطمئنانها مع تلك الزوجة التي ذكرها ابن الهمام؟ وأي إنسان يستطيع المقام مع تلك المرأة دقائق معدودات فضلاً عن أن يعيش معها العمر كله؟ وكيف يمكن أن تقع المودة بينهما وهي على تلك الحال؟ أما الإجابة عن هذا بأن الزوج يملك تطليقها إذا شاء، فهو غير مستقيم، لأن الرجل يتزوج ليسكن إلى زوجته ويقيم معها مدى الحياة لا ليطلقها، ولأن في الطلاق خسارة مالية للزوج، فما الذي يجبره على هذه الخسارة وقد تبين أنه كان مخدوعاً مغشوشاً حين زفت إليه على عكس ما اشترط من الجمال والبكارة وصغر السن؟ إن الحديث الصحيح: «لا ضرر ولا ضرار» يمنع أن يلزم الزوج بما فيه الضرر البالغ له جسمياً ونفسياً ولأولاده كذلك إذا كان في الزوجة علة ضارة كالزهري والسل.

الفسخ في العيوب الجنسية إذا كانت مما لا يمكن المقام معها إلا بضرر[١].

وذهب مالك والشافعي وأحمد[٢] إلى أن لكل من الرجل والمرأة طلب التفريق إذا وجد أحدهما بالآخر عيباً جنسياً أو عيباً منفراً بحيث لا يمكن المقام معه إلا بضرر.

أحكام العلل الجنسية:

إذا تبين للزوجة أن زوجها مجبوب ورفعت أمرها إلى القضاء حكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً، وإن تبين لها أنه عنين أو خصي وخاصمته أمام القضاء أمهله القاضي سنة قمرية. وقيل: شمسية من تاريخ الخصومة، فإذا ثبت أنه لم يتصل بها خلال هذه المدة فرق بينهما، والحكمة من الإمهال سنة في العنين والخصي دون المجبوب، هو أن المجبوب مقطوع بعدم إمكانه الاتصال الجنسي في المستقبل، أما الخصي فمن الممكن أن يصبح قادراً بالعلاج وأما العنين فلا احتمال أن تثبت

---

(١) في كثير من كتب الفقه الحنفي ما يفيد أن الإمام محمداً يحصر حق طلب الفسخ للعيوب غير الجنسية في ثلاثة عيوب فقط: وهي الجذام والبرص والجنون، ومعنى ذلك أن محمداً لا يرى حق طلب الفسخ في مثل الزهري والسل وغيرهما من العيوب المنفرة والضارة، والصحيح أن ما ذكره الإمام محمد هو على سبيل التمثيل لا الحصر، قال الإمام الحدادي في «السراج الوهاج»: «قال الكرخي: العيوب الموجودة في الزوج لا تثبت الخيار للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا الجب والعنة والخصا، وقال محمد: الجنون والجذام أيضاً **وكل عيب لا يمكن المقام معه إلا بضرر**». انظر المذكرة التفسيرية لقرار حقوق العائلة ص ٦٨.

(٢) الذي ذكره المؤلفون في الفقه الحنبلي أن الإمام أحمد يحصر العلل غير الجنسية في ثلاثة أو خمسة فقط، والصحيح ما قاله ابن القيم (زاد المعاد: ٤/ ٣٠): «وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك، من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين، والإطلاق (في العقد) إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً. وقد قال عمر لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها إنك عقيم وخيرها، فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا (أي العقم) عندها كمال بلا نقصان والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار» ثم قال: «ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة».

قدرته على الجماع في فصل من فصول السنة، لأن من الناس من يكون لفصل من فصول السنة أثر في نشاطه الجنسي دون بقية الفصول، فإذا مضت سنة دون أن يقرب زوجته دلّ ذلك على فقدانه القدرة الجنسية تماماً[1].

شروط التفريق:

يشترط للتفريق بين الزوجين في حالة وجود العلل الجنسية ما يلي:

١ ـ أن تطلب الزوجة ذلك وإلا لم يفرق بينهما.

٢ ـ أن تكون الزوجة خالية من العلل الجنسية كالرتق والقرن.

٣ ـ أن لا تكون عالمة بوجود إحدى هذه العلل فيه قبل الزواج.

٤ ـ أن لا تكون راضية بوجودها فيه بعد الزواج.

٥ ـ أن يكون الزوج صحيحاً. فإن كان مريضاً، ينتظر شفاؤه ثم يمهل سنة في العنين والخصي.

بقي أن نعلم حكم سكوتها منذ علمت بوجود العنة في زوجها ولم تبد رأيها في القبول أو الرفض، الحكم في هذه الحالة أنها لا يسقط حقها في طلب التفريق وكذا لو طلبت التفريق ثم تركت متابعة الطلب أو سكتت بعد مضي السنة، لأن سكوتها قد يفسر بأنها لا تزال تأمل أن يصبح زوجها قادراً على المعاشرة الزوجية، فإذا طلبت بعد ذلك دلّ على يأسها من شفائه.

حدوث العلل بعد الزواج:

يقول فقهاء الحنفية: إن الزوج إذا جن أو أصبح عنيناً بعد الزواج وكان قد دخل بها ولو مرة واحدة لا يحق لها طلب الفسخ لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاء، وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء[2]. وهذا قول بعيد عن حكمة التشريع ومنافٍ لسكن النفس وحصول المودة والرحمة التي أرادها الشارع بمشروعية الزواج، ولا نعلم لهذا الحكم سنداً من الكتاب والسنة، بل في نصوص الكتاب والسنة ما يبطله.

---

(١) لا شك في أن على القاضي أن يستعين بآراء الأطباء فيما يتعلق بالخصاء والعنة.

(٢) البحر: ٣/ ١٣٥ نقلاً عن جامع قاضيخان.

فقد نص القرآن الكريم على أن من آلى على نفسه أن لا يقرب زوجته لزمه تربص أربعة أشهر، وذهب فقهاء الحنفية إلى أنه إذا لم يفئ إلى زوجته خلالها طلقت منه طلقة واحدة بائنة (ولو كان قد عاشرها معاشرة الأزواج عشرين سنة) وجاء في الحديث الصحيح أن زوجة عبد الله بن عمرو بن العاص شكت إلى رسول الله ﷺ عدم قربان زوجها لها لكثرة عبادته وصلاته، فأرسل إليه الرسول ﷺ يسأله عن صحة دعوى زوجته فاعترف، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يأتي زوجته وقال له: «**إن لزوجك عليك حقاً**»، فلو كان حقها في المرة الواحدة فحسب، لسألها عن ذلك ولأخبرها أنها لا حق لها فيما تطلب لو كان قد دخل بها مرة واحدة.

لذلك كان الصحيح الموافق لروح الشريعة أن حق الزوجة في الاستمتاع مستمر دائم ما دامت الحياة الزوجية قائمة، وأن لها حق طلب التفريق إذا أصبح عنيناً أو صار مجنوناً، وهذا ما أخذ به قانوننا.

هل التفريق طلاق أم فسخ:

التفريق للعلل طلاق بائن عند أبي حنيفة ومالك، وقال الشافعي وأحمد: إنه فسخ، وعلى هذا يجب في التفريق للعلل عند أبي حنيفة كل المهر وعليها العدة إن خلا بها، وعند أبي يوسف ومحمد لها نصف المهر كأنه لم يخل بها.

مع القانون:

جاء في التفريق للعلل المواد التالية:

مادة ١٠٥ ـ للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

١ ـ إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

٢ ـ إذا جن الزوج بعد العقد.

المادة ١٠٦ ـ ١ ـ يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده.

٢ ـ على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال.

المادة ١٠٧ ـ إذا كانت العلل المذكورة في المادة ١٠٥ غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة. فإذا لم تزل العلة فرق بينهما.

المادة ١٠٨ ـ التفريق للعلة طلاق بائن.

ملاحظة على القانون:

يلاحظ في هذه المواد أن القانون لم يجز للزوجة طلب التفريق إلا للعلل الجنسية، ومقتضاه أنه لا يحق لها طلب التفريق للعلل غير الجنسية إذا كانت منفرة أو ضارة، وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، ولكن جمهور العلماء على خلافه، وموقف القانون هذا موقف غريب، بل هو موقف يخالف اتجاه القانون الذي يرمي إلى الأخذ بكل رأي صالح ومفيد من المذاهب الاجتهادية المتعددة، فهل معنى ذلك أن القانون لا يرى في العلل المنفرة أو الضارة ما يحول دون السعادة الزوجية والسكن النفسي والمودة والرحمة التي أرادها الله للزوجين في الزواج؟ لا نعتقد ذلك، فإنه من الوضوح بمكان أن العيوب المنفرة والضارة قد تكون أشد إيذاءً للزوجة وأبعث على نفرتها من الزوج لو كان عنيناً أو خصياً أو مجبوباً؛ ويزيد من غرابة موقف قانوننا أن قرار حقوق العائلة العثماني قد أخذ بالتفريق للعيوب المنفرة والضارة كما جاء في المادة ١٢٢ من القانون المذكور، وأخذ بذلك أيضاً القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في المادة التاسعة منه. فلماذا وقف القانون هذا الموقف؟ ربما يقال: إن طلب التفريق للعلل المنفرة أو الضارة يدخل تحت فصل التفريق للشقاق بين الزوجين، باعتبار أو وجود هذه العلل يؤدي إلى الشقاق بين الزوجين حتماً، ولكن بالرجوع إلى نصوص التفريق للشقاق الوارد في هذا القانون نجزم بأن المراد من الشقاق هو النزاع الذي يحدث بين الزوجين مما يحتاج إلى الإصلاح والتحكيم، والعلل المنفرة ليست مما يزول بالإصلاح أو التحكيم.

ب ـ التفريق للغيبة

إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهوله، لأنها تتضرر من الغيبة ضرراً قد يدفعها إلى الإنحراف، ويشترط للتفريق حينئذ ما يلي:

١ ـ أن تمضي سنة[1] فأكثر على الغياب.

---

(١) هذا أحد الأقوال في مذهب مالك وهنالك قول آخر في تحديد أدنى مدة للغياب بثلاث، وجعل الإمام أحمد أدنى المدة ستة أشهر.

٢ ـ أن يكون الغياب لغير عذر مقبول، إذ يكون بذلك متعمداً إضرارها والإيذاء بها، فإن كان لعذر مقبول لم يحق لها طلب التفريق، كالغياب في الجندية الإجبارية أو للجهاد في سبيل الله أو لطلب العلم، وذلك لأن غيابه في مثل هذه الحالات لم يكن فيه قصد للضرر أو الإيذاء.

وحقها في طلب التفريق لا يختلف بين أن يترك لها مالاً تنفق منه أو لم يترك، لأن الضرر هنا لغيابه عنها لا لترك الإنفاق عليها.

وإذا طلبت التفريق لضرر الغيبة، فإن كان زوجها غير معلوم المكان، أو كان في مكان لا تصل إليه الرسائل فرق القاضي بينهما في الحال إذا ثبت عنده غياب الزوج سنة فأكثر، وإن كان في مكان معلوم ويمكن وصول الرسائل إليه، يطلب القاضي منه بأن يحضر لزوجته أو يأخذها إليه، ويضرب له أجلاً معيناً، فإذا مضى الأجل ولم يفعل ولم يبين عذراً مقبولاً، فرق القاضي بينهما.

والتفريق عند مالك طلاق بائن، وعند أحمد فسخ.

التفريق للحبس:

ومما يدخل تحت التفريق للغيبة، التفريق للحبس، فإذا حكم الزوج بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته طلب التفريق بعد مضي سنة من السجن.

والتفريق للحبس مأخوذ من مذهب أحمد، فقد نص ابن تيمية أن حكم الأسير والمحبوس كحكم الغائب.

مع القانون:

جاءت أحكام التفريق للغيبة والحبس في المواد التالية:

مادة ١٠٩ ـ ١ ـ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢ ـ هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

ملاحظات على القانون:

يلاحظ على نص القانون ما يلي:

١ ـ أنه لم يفصل بين ما إذا كان غياب الزوج في مكان معلوم أم لا، ولم يذكر وجوب إنذار الزوج وترك مدة كافية له ليرجع إلى زوجته، حتى إذا انتهت ولم يعد أو لم يأخذ زوجته إليه فرق القاضي بينهما، وقد كان ذكر هذا واجباً في القانون، إذ به نتأكد من قصد الزوج الإضرار بزوجته بالغيبة عنها، والمذاهب التي أخذ منها القانون هذا الحكم نصت على ما ذكرناه، والقانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد ذكر أيضاً وجوب الإنذار للزوج وترك مدة كافية له[1]، فكان ينبغي أن يتضمن قانوننا ذلك.

٢ ـ إن القانون جعل الطلاق للتفريق رجعياً، بينما مذهب مالك ـ وهو المصدر الذي استقى منه القانون حكم التفريق للغيبة ـ إن الطلاق في هذه الحالة طلاق بائن، ومذهب أحمد أنه فسخ، والقانون المصري رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٩ اعتبر هذا التطليق طلقة بائنة أيضاً، فيكون قانوننا قد ذهب ـ في اعتبار التطليق للغياب طلقة رجعية ـ مذهباً لا تقره المذاهب الاجتهادية.

ونرى أن إعتبار الطلاق رجعياً في حق المسجون أمر معقول، لأنه لم يكن منه تعنت ولا قصد لإيذاء الزوجة، ومن المحتمل خروجه قبل إنتهاء المدة المحكوم بها، أما بالنسبة للغائب بغير عذر معقول، والذي لم يعرف مكانه، أو امتنع عن إبداء عذر للقاضي بعد أن أعطاه القاضي أجلاً معيناً للعودة أو ضم زوجته إليه، مما يؤكد أن غيابه لقصد الإضرار بالزوجة أو إيذائها بالغياب عنها، فالوجه أن يكون التطليق عليه طلاقاً بائناً، لأن جعله رجعياً يفتح باباً للزوج لإضرار المرأة من جديد، بأن يعلن عن رغبته في العودة إليها ثم يعود فيبيت معها ليلة واحدة، ثم يغيب عنها مرة أخرى.

ج ـ التفريق لعدم الإنفاق

ذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد إلى جواز التفريق لعدم الإنفاق

---

(١) جاء في المادة ١٣ من القانون المذكور ما يلي: إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب وضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يبد عذراً مقبولاً فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل.

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] ولا شك بأن إمساكه لها مع الامتناع عن الإنفاق عليها إضرار بالغ بها، وقال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها.

وذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون معسراً أو موسراً، فإن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق والله تعالى يقول: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۝٧﴾ [الطلاق] وإذا لم يكن في هذه الحالة ظالماً فلا يجوز أن نظلمه بإيقاع الطلاق عليه، وإن كان موسراً فهو بلا شك ظالم في امتناعه، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل هنالك وسائل أخرى لرفع الظلم، منها بيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته. ومنها حبسه لإرغامه على الإنفاق، وأياً ما كان فإن الظلم لا يدفع بالظلم.

وقد أخذ قانوننا والقانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ برأي الأئمة الثلاثة في التفريق لعدم الإنفاق.

وخلاصة الأحكام الواردة في القانونين بالنسبة لعدم الإنفاق[١] ما يلي:

إن الزوج الممتنع لا يخلو من أن يكون له مال ظاهر أو لا يكون، فإن كان له مال ظاهر وجب تنفيذ الحكم عليه بالنفقة في ماله - من غير حاجة إلى التفريق - سواء كان حاضراً أو غائباً.

وإن لم يكن له مال ظاهر، فلا يخلو من أن يكون قد أثبت عجزه عن الإنفاق أو لم يثبت، وفي كلتا الحالتين لا يخلو من أن يكون حاضراً أو غائباً.

فإن كان حاضراً ولم يثبت عجزه عن الإنفاق وأصر على الامتناع فرق القاضي بينهما في الحال.

وإن كان حاضراً وقد أثبت عجزه عن الإنفاق أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر - وفي القانون المصري شهراً واحداً - فإن مضت المدة ولم ينفق فرق القاضي بينهما. أما إن كان غائباً - وليس له مال ظاهر - فيجب إعذاره وإمهاله إلى مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن مضت المدة ولم ينفق على الزوجة فرق القاضي بينهما.

---

(١) اضطررنا لذكر الأحكام الواردة في القانون المصري لأنه أكثر تفصيلاً من قانوننا.

هذا ولم يفصل قانوننا في حالة الغياب بين ما إذا كان معلوم المكان أو مجهوله، وقد قال في ذلك القانون المصري: إنه إن كان معلوم المكان أرسل إليه بطلب الإنفاق على زوجته وأعطاه مهلة شهر لذلك، وإن كان مجهول المكان والغيبة بعيدة، وثبت أنه لا مال له طلق عليه القاضي في الحال، وهو تفصيل حسن يجب الأخذ به، لأنه لا معنى للإمهال مدة تمتد إلى ثلاثة أشهر إذا كان غير معلوم المكان وقد بعدت غيبته ولا مال له، إلا إطالة الضرر للزوجة.

التطليق لعدم الإنفاق رجعي:

هذا وقد نص قانوننا على أن التفريق لعدم الإنفاق رجعي، فللزوج أن يراجع زوجته خلال العدة بشرطين:

١ ـ أن يثبت يساره وقدرته على الإنفاق عليها.

٢ ـ أن يثبت استعداده للإنفاق عليها.

فإذا لم يتحقق هذان الشرطان ليس له أن يراجعها في العدة.

نص القانون:

المادة ١١٠ ـ ١ ـ يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة.

٢ ـ إن أثبتت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما.

المادة ١١١ ـ تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته في العدة شرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق.

د ـ التفريق للشقاق

التفريق للشقاق بين الزوجين قال به مالك وأحمد، وخالفهما أبو حنيفة والشافعي. وقد أخذ قانوننا بمبدأ التفريق، ونعم ما فعل، فالحياة الزوجية تصبح بالنزاع المستمر جحيماً وبلاءً، فلا بد من إنهاء الزواج ليجد كل من الزوج والزوجة سبيلهما إلى حياة كريمة.

وقد جاء القانون بتفصيل واضح لمراحل الشقاق منذ يبدأ حتى ينتهي إلى الفراق، وخلاصته ما يلي:

إذا ادعت الزوجة[1] إضرار الزوج بها قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية، جاز لها أن تطلب من القاضي التفريق بينهما (الفقرة ١ من المادة ١١٢) فإن ثبت الإضرار ولم يستطع القاضي الإصلاح بينهما حكم بالتفريق، ويكون ذلك طلقة بائنة. (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

وإن لم يثبت الإضرار أو كان المدعي هو الزوج، أجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر، أملاً بالمصالحة والموافقة، فإن أصر المدعي على شكواه ولم يتم الصلح، عين القاضي من يرى فيه القدرة على الإصلاح، وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة (الفقرة ٣ من المادة المذكورة).

يبدأ الحكمان عملهما بالبحث عن أسباب الشقاق بين الزوجين، ثم يجمعانهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يرى الحكمان ضرورة حضوره، ولا يؤثر في التحكيم تخلف أحد الزوجين عن الحضور بعد تبليغه، ويستمران في بذل جهودهما للإصلاح (الفقرة ١، ٢ من المادة ١١٣).

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وتبين لهما أن الإساءة أو أكثرها من الزوج[2]، قرر التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة نصف المهر إن كان قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وكل المهر إذا كان بعد الدخول أو الخلوة (الفقرة ١ من المادة ١١٤).

وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة قرر التفريق[3] بينهما بالمخالعة على تمام المهر أو قسم منه على أن تدفعه قبل أن يصدر القاضي حكمه بالتفريق. (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

---

(١) جاء نص الفقرة ١ من المادة ١١٢ كما يلي: إذا «ادعى أحد الزوجين» وهو خطأ وصوابه: إذا ادعت الزوجة: بدليل ما ورد في الفقرة ٣ من المادة نفسها التي تتحدث عما إذا كان الزوج هو المدعي.

(٢) وألحق القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بهذه الحالة ما إذا كانت الإساءة من الجانبين أو جهلت الحال.

(٣) لم يذهب القانون المصري المذكور إلى التفريق إذا كانت الإساءة من الزوجة، بل يفهم منه عدم التفريق ورفض دعوى الزوجة وعدم سماعها من جديد إلا بعد إثبات كامل (الأحوال الشخصية لأبي زهرة: ٣٦٠) وما ذكره قانوننا متفق مع مذهب مالك وقانون حقوق العائلة (انظر المادة: ١٣٠).

وإذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين (الفقرة ٣ من المادة المذكورة).

وعلى الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، ولا يجب عليهما أن يكون التقرير معللاً، وعليه أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً للأحكام التي ذكرناها (المادة ١١٥).

هذه الأحكام التي مرت بك هي نصوص القانون من المادة ١١٢ ـ ١١٥ ولذلك لم نر حاجة لإثباتها هنا منعاً للتكرار.

ومما ذكرناه يتضح أن وظيفة الحكمين هي الإصلاح أولاً، فإن لم يمكن كان لهما أن يحكما بالتفريق، وهذا مذهب مالك وأحمد، ويرى غيرهما أن مهمة الحكمين الإصلاح فقط لا التفريق[1].

هـ ـ طلاق التعسف

التعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير، وقد ذكر القانون حالتين للتعسف في استعمال الطلاق والخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته.

١ ـ الطلاق في مرض الموت:

إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرضاً مدنفاً انتهى به إلى الموت، أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك ثم اتصل بها الهلاك، كأن يكون في سفينة توشك في الغرق فيطلق زوجته بإختياره من غير رضا الزوجة ثم يموت في ذلك المرض أو تلك الحالة، فإن كانت المرأة لا تزال في عدتها من طلاقه ترث منه ولو كان الطلاق بائناً لأنه أراد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه قصده ما دامت العدة قائمة لبقاء آثار الزوجية.

وإذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقه حرمانها من الإرث لم يكن فاراً فترث منه ما دامت في العدة من طلاق رجعي، ولا ترث في العدة من الطلاق البائن؛ ومن أمارات عدم الفرار في طلاقه أن يكون الطلاق برضاها أو أن تخالعه

---

(١) الأصل في مبدأ التحكيم هو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ سورة النساء: الآية ٣٥.

على الطلاق، أو أن تكون غير مستحقة للإرث منه عند الطلاق كأن تكون كتابية، فإن اختلاف الدين مانع من الارث كما هو معلوم.

ويشترط لإرث المرأة من طلاق الفار أن تكون مستحقة للإرث منذ الطلاق حتى وفاة الزوج، فلو كانت غير مستحقة وقت الطلاق لا ترث، ولو كانت مستحقة وقت الطلاق ولكنها لم تكن مستحقة وقت وفاة الزوج لا ترث أيضاً، مثال الحالة الأولى أن تكون عند الطلاق كتابية ثم تسلم بعده ويموت الزوج وهي مسلمة، ومثال الحالة الثانية أن تكون مسلمة عند الطلاق ثم ترتد عند وفاته.

هذا والقول بتوريث الزوجة في طلاق الفار هو قول أبي حنيفة ومالك[١] وأحمد[٢]، وقال الشافعي: لا ترث ولو أراد الفرار من توريثها، لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية فلا عبرة بقصده ونيته.

نص القانون:

المادة ١١٦ ـ من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أَهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت.

٢ ـ الطلاق بغير سبب:

إذا طلق زوجته لغير سبب معقول، وتبين للقاضي أن الزوجة فقيرة وأنها تتعرض للبؤس والفاقة بسبب هذا الطلاق، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، بشرط أن لا يتجاوز التعويض نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال (المادة ١١٧).

وهذا حكم جديد لم يكن معمولاً به قبل صدور هذا القانون، وهو حكم عادل وسنده من «السياسة الشرعية» لأن الشريعة تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق.

---

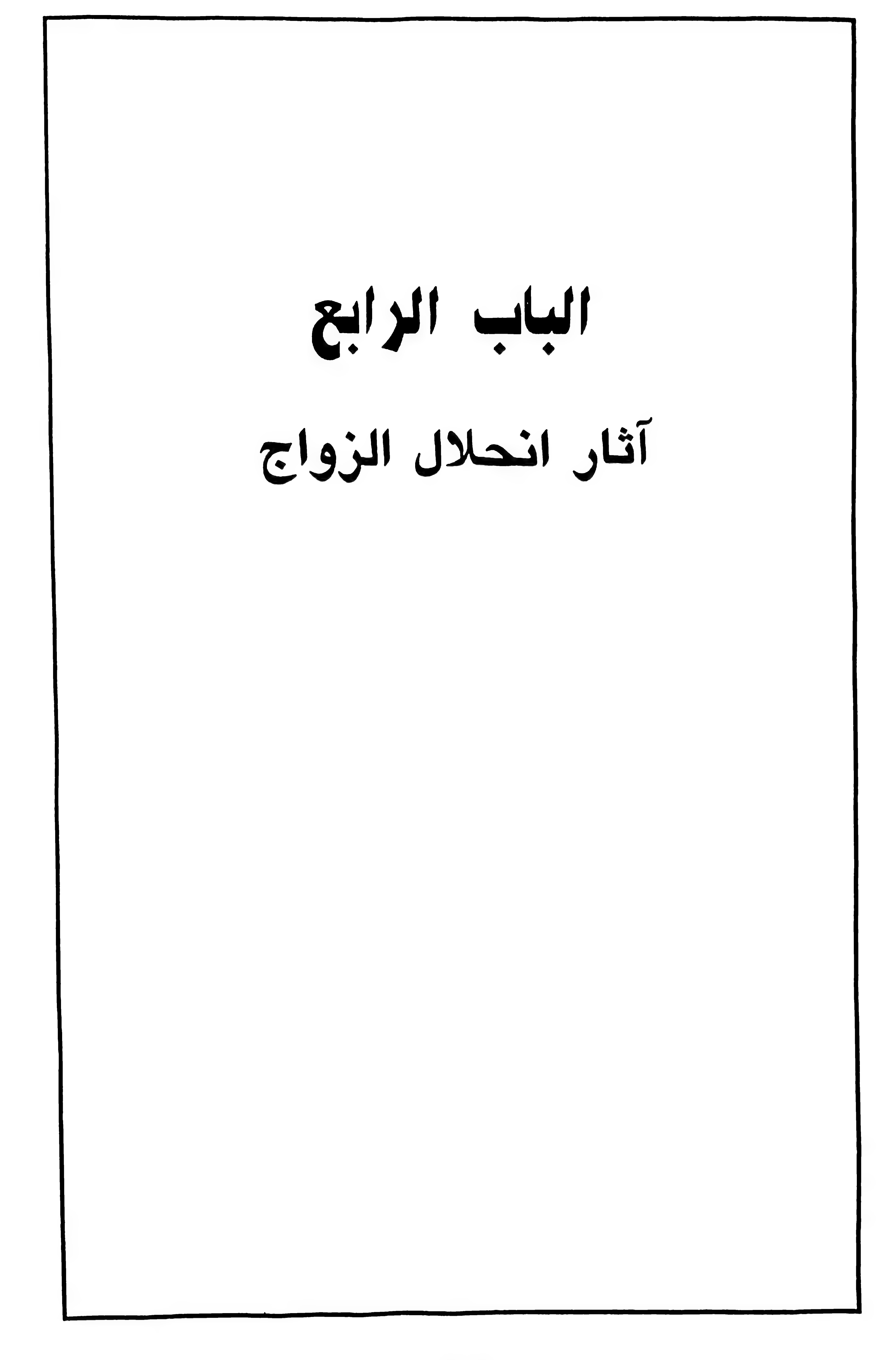
(١) بل يقول مالك: بأنها ترث ولو انتهت عدتها وتزوجت من آخر.

(٢) ومذهبه أنها ترث ولو انتهت عدتها ما لم تتزوج.

ويمكن أن يستند هذا الحكم إلى المتعة التي رغب القرآن في إعطائها لكل مطلقة، وهي واجبة عند بعض العلماء، وقد ذكر القرآن عن المتعة بأنها «بالمعروف» فيكون ترك تقديرها إلى القاضي كما جاء في القانون لتحقيق ما يقتضيه العرف في ذلك.

ولكننا نأخذ على القانون تقييد التعويض بما لا يزيد عن نفقة سنة، والواجب أن يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلاً بدفع الفاقة والبؤس عن الزوجة المطلقة مهما بلغ هذا التعويض.



الباب الرابع

آثار انحلال الزواج

أ ـ آثاره الزوجية

تقدم معنا أن الطلاق نوعان رجعي وبائن، وعرفنا الحالات التي يكون فيها الطلاق رجعياً أو بائناً، ونبحث الآن في آثار الطلاق ـ أو التفريق ـ من حيث بقاء الزوجية أو عدمها.

أ ـ في الطلاق الرجعي:

تتجلى فيه الأحكام التالية:

١) أنه لا يزيل الزوجية بل يكون للمطلق كامل حقوق الزوج، وتظل الزوجة حلاً له يجوز أن يجتمع بها ويعاشرها معاشرة الأزواج متى أراد، ومتى فعل ذلك كان مراجعاً.

٢) لا يمنع التوارث بين الزوجين، فإذا مات أحدهما خلال العدة ورث من الآخر.

٣) لا تستحق به الزوجة مؤخر المهر إذا كان مؤجلاً للطلاق أو الوفاة.

٤) ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وهي ثلاث، فإذا كان قد طلقها من قبل واحدة، تحسب الطلقة الرجعية واحدة أخرى، ولا يملك بعدها إلا طلقة واحدة.

معنى الرجعة:

يرى فقهاء الحنفية أن معنى الرجعة هو استدامة النكاح خلال عدة الطلاق. ويرى فقهاء الشافعية أن معناها إعادة أحكام الزواج خلال العدة.

بماذا تكون المراجعة؟

يرى فقهاء الحنفية أن المراجعة تكون بالقول كأن يقول لها: راجعتك وتكون بالفعل كأن يعاشرها معاشرة الأزواج.

ويرى الشافعية أن الرجعة لا تكون إلا بالقول، فلو عاد إليها وعاشرها معاشرة الأزواج دون أن يصرح بالمراجعة، كانت معاشرته لها عملاً محرماً.

هل تسقط الرجعة بالإسقاط؟

لو قال لزوجته المطلقة طلاقاً رجعياً: قد أسقطت حقي في الرجعة، لا قيمة لهذا الإسقاط وله مراجعتها متى شاء، لأن الرجعة حق قرره الشارع للزوج المطلق في الطلاق الرجعي، فلا يملك إسقاطه بعد ثبوته.

صيغة الرجعة القولية:

إذا راجعها بالقول وجب أن يكون اللفظ منجزاً، ولا يصح تعليقه على أمر يقع في المستقبل، كقوله: إن جاء أبي من السفر راجعتك، فإذا أوقعه معلقاً على المستقبل لا تقع الرجعة بل عليه أن يعيد القول مجدداً.

ولا بأس بتعليقها على أمر قد مضى، كقوله: إن كنت فعلت كذا فإني أراجعك وكان الفعل قد وقع فعلاً، أو على أمر متحقق الوجود في الحال، كقوله: إن كان أبي راضياً بمراجعتك فإني أراجعك، وكان أبوه حاضراً في المجلس فقال: رضيت، وإنما جاز التعليق في هاتين الحالتين، لأنه تنجيز في صورة التعليق.

إعلام المرأة بالرجعة:

لا يجب على الزوج إعلام امرأته بالرجعة القولية، بل تصح ولو لم تعلم، غير أن الأولى إخبارها، كيلا يقع النزاع بينهما بعد ذلك في أمر وقوعها.

الإشهاد على الرجعة القولية:

ذهب جمهور العلماء إلى أن الإشهاد على الرجعة قولاً غير واجب بل يستحب، وذهب بعضهم إلى وجوب الإشهاد، وبه قالت الشيعة الإمامية بناء على قولهم بوجوب الإشهاد في الطلاق.

إنقلاب الطلاق الرجعي إلى بائن:

إذا انتهت عدة المرأة من الطلاق الرجعي دون أن يراجعها قولاً أو فعلاً خلال العدة أصبحت الطلقة بائنة لا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد ومهر جديد.

١ ـ الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو بالفعل ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط.

٢ـ تبين المرأة وتنقطع الرجعة بإنقضاء عدة الطلاق الرجعي.

ب ـ في الطلاق البائن:

تتجلى في الطلاق البائن الأحكام التالية:

١ ـ إنه يزيل الزوجية حالاً بمجرد صدوره، فتنقطع حقوق الزوجية، ولا يبقى للزوج إلا حق بقاء المطلقة في بيت الزوجية حتى تنتهي العدة، ويكون عليه للمطلقة حق النفقة في مدة العدة.

٢ ـ إذا انتهت العدة كان الزوج كغيره من الرجال الأجانب عنها، بالنسبة لعقد الزواج، فلها أن ترفض العودة إليه وتتزوج غيره. وإذا رضيت بالعودة إليه عادت بعقد ومهر جديدين.

٣ ـ يحتسب من الطلقات التي يملكها الرجل ـ كالطلاق الرجعي ـ فإذا كان قد أوقع طلقتين من قبل، لم يعد يستطيع العودة إليها كزوج إلا بعد أن تتزوج آخر ويطلقها ـ وهذه هي البينونة الكبرى ـ.

٤ ـ يصبح مؤخر المهر واجب الدفع بالطلاق البائن إن كان مؤخراً لأقرب الأجلين: الطلاق أو الوفاة.

٥ ـ يمنع التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما خلال العدة، إلا في طلاق الفار ـ كما تقدم ـ.

وإليك ما جاء من آثار الطلاق البائن في القانون:

المادة ١١٩ ـ الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً ولا يمنع من تجديد عقد الزواج.

المادة ١٢٠ ـ الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً ويمنع من تجديد العقد ما لم تتوافر الشرائط المبينة في المادة ٣٦ من هذا القانون.

ب ـ العدة

معنى العدة:

العدة لغة: الإحصاء تقول: عددت الشيء أي أحصيته إحصاءاً.

وشرعاً: هي أجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقي من آثار النكاح بعد الفراق.

سببها وحكمة مشروعيتها:

أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بينها وبين الزوج، سواء وقع الافتراق بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ.

والحكمة من ذلك متعددة بحسب أسباب الفرقة:

١ ـ فالحكمة منها في الطلاق الرجعي أن تترك فرصة كافية للزوج ليعود إلى مطلقته خلال العدة بعد أن تكون قد هدأت بينهما حدة النزاع التي أدت إلى إيقاع الطلاق.

٢ ـ والحكمة منها في الطلاق البائن والتفريق لفساد النكاح أو الوطء بشبهة، استبراء رحم المرأة للتأكد من عدم وجود حمل من الرجل، ويزيد على ذلك في الطلاق البائن دون الثلاث أن تترك الفرصة لإعادة الحياة الزوجية.

٣ ـ والحكمة منها في فرقة الوفاة هي الاحداد على الزوج المتوفى رعاية لحق الزوجية، ودلالة على وفاء الزوجة لزوجها الراحل وحزنها عليه.

متى تجب العدة؟

١ ـ تجب بالطلاق في العقد الصحيح بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة.

٢ ـ وبالتفريق للوطء بشبهة، وفي العقد الفاسد إذا اقترن به الدخول.

٣ ـ وبالوفاة في العقد الصحيح ولو بغير دخول.

أنواع العدة:

العدة أربعة أنواع:

١ ـ عدة بالأقراء.
٢ ـ عدة بمضي زمن معين.
٣ ـ عدة بوضع الحمل.
٤ ـ عدة بأبعد الأجلين.

وإليك موجز أحكام كل نوع:

١ ـ العدة بالأقراء:

إذا كانت المرأة ممن تحيض وهي غير حامل، ووقعت الفرقة بينها وبين الزوج بالطلاق بعد الدخول ولو حكماً[1]، أو الفسخ، أو الوفاة، أو بالتفريق في العقد الفاسد بعد الدخول أو للوطء بشبهة، وجب عليها أن تعتد ثلاثة أقراء، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والقروء جمع قرء، وهو من الألفاظ المشتركة يطلق على الحيض، ويطلق على الطهر منه، وقد رجح أبو حنيفة أن المراد منه في الآية هو الحيض، فعليها أن تعتد ثلاث حيضات كاملات، فإذا انتهت من الحيضة الثالثة فقد انتهت عدتها، ورجح الشافعي ومالك أن المراد في الآية هو الطهر من الحيض، فعدتها تنتهي برؤية الدم أول الحيضة الثالثة[2].

وقد اختار قانوننا رأي أبي حنيفة، فنصت الفقرة ١ من المادة ١٢١ على أنها ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض، ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ.

٢ ـ العدة بمضي زمن معين:

أ ـ ثلاثة أشهر للتي لا تحيض لصغر أو كبر (وهي التي بلغت سن الاياس) وتجب بالطلاق بعد الدخول ولو حكماً أو الفسخ، أو التفريق في العقد الفاسد بعد الدخول أو في الوطء بشبهة، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٥] (الفقرة ٣ من المادة ١٢١).

ب ـ أربعة أشهر وعشرة أيام للتي توفي عنها زوجها وهي غير حامل، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وتجب أيضاً على من توفي زوجها قبل الدخول والخلوة الصحيحة في العقد الصحيح. (المادة ١٢٣ والمادة ١٢٦).

---

(١) المراد بالدخول الحكمي هو الخلوة على رأي فقهاء الحنفية.

(٢) لأن طلاق السنة هو أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه، فهذا طهر، ثم تعقبه حيضة بعدها طهر ثان، ثم تعقبه حيضة بعدها طهر ثالث، فإذا رأت الدم أول الحيضة الثالثة فقد حلت للأزواج.

جـ ـ اثنا عشر شهراً، للمطلقة إذا رأت الحيض بعد البلوغ ولو لمدة ثلاثة أيام، ثم انقطع ومضت سنة فأكثر لا ترى الحيض ثم طلقت قبل أن تبلغ سن الإياس (وهو خمس وخمسون سنة) وتسمى المرأة في هذه الحالة بممتدة الطهر، وتقدير عدتها بسنة هو مذهب مالك، خلافاً لمذهب أبي حنيفة الذي يرى أن عدة الممتدة الطهر تستمر حتى تبلغ سن الإياس، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر، وفي هذا من الحرج والضرر للمرأة ما لا ينكر، وفيه الإضرار بالزوج باستمرار الإنفاق عليها خلال هذه المدة الطويلة، ولذلك أخذ قانوننا بمذهب مالك[1] (الفقرة ٢ من المادة ١٢١).

ويلاحظ أن هذه الفقرة عرّفت ممتدة الطهر بأنها هي التي لم يجئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن الإياس، وفيه خطأ ظاهر فإن التي لم يجئها الحيض لا تسمى ممتدة الطهر، وعدتها ثلاثة أشهر[2] لا سنة كاملة.

٣ ـ العدة بوضع الحمل:

إذا كانت المرأة حاملاً ثم توفي عنها زوجها أو طلقها أو حكم بالتفريق بينهما فعدتها تنتهي بوضع الحمل، مهما قصرت أو طالت المدة بين الفرقة وبين وضع الحمل، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

ويلتحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبيناً بعض أعضائه (المادة ١٢٣).

٤ ـ العدة بأبعد الأجلين:

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت كان عليها أن تعتد بحسب حالها إما بالإقراء أو بالشهور، فإذا بدأت عدتها ثم مات الزوج انتقلت عدتها إلى أبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البينونة، لأننا حكمنا ببقاء الزوجية في طلاق الفار خلال العدة ولو كان الطلاق بائناً، بحيث ترث منه في حال الوفاة قبل

---

(١) نقل ابن عابدين عن بعض فقهاء الحنفية الإفتاء بقول مالك (رد المحتار: ٢/ ٦٠٢) وتفسير قول مالك: أنها تتربص تسعة أشهر رجاء عودة الحيض إليها، فإذا انقضت دون أن تحيض وجب عليها أن تعتد ثلاثة أشهر، وبذلك يبلغ تربصها وعدتها اثني عشر شهراً.

(٢) ابن عابدين: ٢/ ٦٠١.

انتهاء العدة، وقد نص القانون في الفقرة ـ ٢المادة ١٢٧ ـ على هذه الحالة مع خطأ في التعبير، فقد جاء النص هكذا: إذا توفي وهي في عدة البينونة تعتد بأبعد الأجلين، ومقتضاه أن الوفاة خلال عدة البينونة تنقلها إلى أبعد الأجلين، وهذا صحيح في البينونة من طلاق الفار فقط، أما البينونة فيما عدا ذلك فلا تنتقل بالوفاة، لأن الزوجية غير قائمة بعد طلاق البائن، ولذلك لا ترث منه، فلا تلزم بعدة الوفاة.

ابتداء العدة:

تبتدئ العدة في العقد الصحيح من وقت الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي.

وتبتدئ في العقد الفاسد من وقت المفارقة (المادة ١٢٥).

إنتقال العدة:

إذا اعتدت المرأة في عدة الطلاق الرجعي ثم توفي الزوج، وجب عليها أن تبدأ بعد الوفاة، ولا يحتسب ما مضى من العدة قبل وفاة الزوج (الفقرة ١ ـ من المادة ١٢٧).

أبحاث تتعلق بالعدة[1]

أ ـ الاحتباس في البيت:

من أحكام العدة وجوب بقاء المعتدة في بيت الزوجية خلال العدة، وإليك موجز القول في ذلك:

لا يجوز للمرأة الخروج من بيت الزوجية إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو من وفاة أو من أية فرقة كانت ولو مختلعة على نفقة عدتها، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] وتظل في البيت ليلاً ونهاراً، ولا تخرج إلى صحن دار فيها منازل لغير الزوج ولو أذن لها، لأن الأحتباس حق الشرع فلا يجوز إسقاطه، ويستثنى من ذلك معتدة

---

(١) لم يتعرض القانون لهذه الأبحاث، وتجدها مفصلة في البحر الرائق: ٤/١٦٢، وفي الدر المختار وحاشيته لابن عابدين: ٢/١١٦.

الوفاة فيجوز لها أن تخرج في النهار على أن تعود في المساء وتبيت في بيت الزوجية، لأنها لا نفقة لها في عدة الوفاة، فتضطر للخروج لكسب معاشها.

ويجوز خروج المعتدة إذا اضطرت لسبب من الأسباب، سواء كانت في عدة الوفاة أو الطلاق، لأن الضرورات تبيح المحظورات.

وتعتد معتدة الوفاة أو الطلاق في البيت الذي كانا يسكنان فيه قبل الفرقة ولو كان غير بيت الزوج، فلو طلقت أو مات وهي زائرة في غير مسكنها عادت إليه فوراً.

ولا تتحول عن البيت إلا أن تخرج كرها من قبل المطلق أو ورثة المتوفى، أو يتهدم المنزل، أو تخاف تلف مالها أو ما أشبه ذلك.

ولو توفي زوجها وليس معها أحد في المنزل، فخافت خوفاً شديداً من أمر الميت والموت جاز لها أن تتحول إلى بيت آخر.

وإذا طلقها زوجها وليس لهما إلا غرفة واحدة، وجب أن تجعل بينه وبينها ساتراً حاجباً، وكذلك في الوفاة إذا كان له أولاد رجال من غيرها يجب أن يجعلوا بينهم وبينها ساتر، وإلا جاز لها الانتقال.

وإذا ضاق المنزل عليهما أو كان الزوج فاسقاً، فتحوله أولى من تحولها، لأن مكثها في البيت واجب، ويحسن أن يجعل القاضي بينهما امرأة ثقة قادرة على الحيلولة بينهما، وتعطى نفقتها من بيت المال.

ب ـ الاحداد:

يجب الاحداد على المطلقة طلاقاً بائناً بأي سبب كان[1]، وعلى المعتدة للوفاة[2] ولا يجوز لها ترك الاحداد ولو أمرها المطلق أو المتوفى بتركه، لأنه حق الشرع فلا يجوز إسقاطه.

والاحداد هو أن تترك:

---

(١) فلا تحد المعتدة من نكاح فاسد أو وطء الشبهة أو طلاق رجعي أو في الطلاق قبل الدخول.

(٢) فيه خلاف الشافعي حيث قصر الإحداد على حالة وفاة الزوج.

١ ـ الزينة بحلي أو حرير ولو كان أسود، خلافاً لمالك الذي أباح لها لبس الحرير الأسود.

٢ ـ الطيب باستعماله في البدن أو الثوب.

٣ ـ الدهن ولو بلا طيب كزيت خالص.

٤ ـ الكحل وما كان في معناه.

٥ ـ الحناء وما كان مثلها.

٦ ـ لبس ثوب جديد فيه شيء من الزينة أو الألوان كالأحمر والأصفر، وإلا فلا بأس به.

ويجوز لها أن تفعل شيئاً مما سبق إذا اضطرت إلى ذلك، لأن الضرورات تبيح المحظورات.

ويباح لها لبس الأسود عند أئمة المذاهب الأربعة، خلافاً للظاهرية حيث اعتبروه كالأحمر والأخضر.

ولها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالسدر أو الصابون.

والاحداد خاص بالبدن، فلا تمنع من تجميل فراش وأثاث بيت وجلوس على حرير.

ومدة الحداد على الزوج أربعة أشهر وعشرة أيام، ويجوز لها الحداد على الأقرباء كأب وأم وأخ، لمدة ثلاثة أيام فحسب، لقوله عليه الصلاة والسلام: **«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً»**[1].

وللزوج منعها من الحداد على الأقرباء؛ لأن الزينة حقه، حتى كان له أن يجبرها عليها في حال قيام الزوجية، قالوا: وله أن يضربها إذا امتنعت!

* * *

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

الكتاب الثالث

الولادة ونتائجها

هذا آخر مبحث من المباحث المتعلقة بالزواج، ويتضمن أحكام النسب والحضانة والرضاع ونفقة الأولاد والأقارب وتعتبر هذه الأمور الأربعة من حقوق الأولاد على آبائهم وأمهاتهم، وإليك موجز أحكامها في حدود ما تعرض له القانون منها.

أولاً ـ النسب

نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة شرعية أو غير شرعية، أما نسب الولد من أبيه فلم يجعل له الشارع سبباً إلا الزواج في عقد صحيح أو فاسد، والوطء بشبهة والإقرار والدعوة، وأبطل طريق التبني الذي كان شائعاً عند العرب في الجاهلية، ولا يزال شائعاً عند كثير من الأمم في العصر الحاضر، فمن تبنى لقيطاً أو ولداً مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده، لم يكن ولده حقيقة، فلا يثبت التوارث بينهما، ولا تجري عليه أحكام التحريم بالقرابة، وقد جاء النص القرآني في ذلك واضحاً: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ٱدْعُوهُمْ لِءَابَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤ ـ ٥].

حالات ثبوت النسب

تمهيد

القاعدة العامة أنه لا بد لثبوت النسب في مختلف الحالات من أن يأتي الولد في الفترة الواقعة بين أقل مدة الحمل وأكثرها، وإليك موجز القول في هذين الأمرين: أقل مدة الحمل وأكثرها.

أقل مدة الحمل:

أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، أخذاً من الآيتين الكريمتين: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]. وقد روي أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لستة أشهر، فهَمّ عثمان برجمها، فقال ابن عباس: أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم، قال الله:

﴿وَحَمۡلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهۡرًا﴾ وقال: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيۡنِ﴾ فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر، فدرأ عثمان الحد عنها[1].

هذا والطب الحديث يؤكد إحتمال الولادة لستة أشهر.

أكثر مدة الحمل:

للعلماء فيه سبعة أقوال:

١ـ تسعة أشهر، وهذا رأي الظاهرية، ونسبه في «المحلى» إلى عمر رضي الله عنه.

٢ـ سنة قمرية، وهو رأي محمد بن عبد الله بن عبد الحكم من فقهاء المالكية.

٣ـ سنتان، وهو رأي أبي حنيفة وأصحابه، لقول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل، وفي رواية: قدر ما يتحول ظل عمود المغزل[2].

٤ـ ثلاث سنين؛ ونسبه في «الفتح» إلى الليث بن سعد فقيه مصر في القرن الثاني الهجري.

٥ـ أربع سنين، وهو قول الشافعي، وينسبه فقهاء الحنفية إلى مالك وأحمد أيضاً[3]. وقد روي أن مالكاً سئل: أفي حديث عائشة أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين؟ فقال مالك: «سبحان الله! من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة، كل بطن في أربع سنين»[4].

٦ـ خمس سنين، ونسبه في «المحلى» إلى الليث ومالك.

٧ـ سبع سنين، وهو قول لبعض أصحاب مالك.

وليس للقائلين بهذه الأقوال مستند من الكتاب والسنة، بل هي حكايات عن

---

(١) فتح القدير شرح الهداية: ٤/ ١٨١.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي في سننهما.

(٣) الدر المختار وحاشيته لابن عابدين: ٢/ ٦٢٣.

(٤) فتح القدير: ٤/ ٤٨٠ نقلاً عن البيهقي والدارقطني.

بعض النساء أنهن حملن في مثل هذه المدد، وأثبت شيء في هذا الموضوع، الأثر الذي ذكرناه عن عائشة، ومع أنها لم تسنده إلى النبي ﷺ، فقد قال فقهاء الحنفية: إن عائشة لا يمكن أن تقول ذلك القول إستناداً إلى رأيها الخاص، بل لا بد أن تكون قد سمعته من النبي ﷺ، فيكون له حكم المرفوع.

قال ابن حزم، بعد أن ذكر ما روي عن مالك بأن أقصى مدة الحمل ثلاث سنين: «واحتج مقلدوه بأن مالكاً ولد لثلاثة أعوام، وأن نساء بني العجلان ولدن لثلاثين شهراً، وأن مولاة لعمر بن عبد العزيز حملت ثلاث سنين، وأن هرم بن حيان والضحاك بن مزاحم حمل بكل منهما سنتين، وقال مالك: بلغني عن امرأة حملت سبع سنين، وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق ولا يدرى من هو[1]؟ ولا يجوز الحكم في دين الله بمثل هذا»[2].

والحق ما قاله ابن رشد الحفيد: «وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكيم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلاً»[3].

ونحن نرى أن الرجوع في تقدير مدة الحمل إلى رأي الأطباء وهو المتحتم، ولم يجوز الطب قولاً من تلك الأقوال ما عدا القول الثاني[4]، حيث يجوز في حالات نادرة أن يمتد فيها الحمل إلى أكثر من تسعة أشهر شيئاً قليلاً، والنسب يحتاط في إثباته بقدر الإمكان.

وكان العمل في المحاكم الشرعية عندنا بمذهب أبي حنيفة قبل صدور هذا القانون، وقد ذهب القانون إلى جعل أقصى مده الحمل سنة شمسية، ليشمل كل الحالات النادرة (المادة ١٢٨) وإلى هذا ذهب القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث منع سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد زوجة أتت به بعد سنة من

---

(١) هذا أسلوب ابن حزم في الرد على مخالفيه من الفقهاء، ومن تتبع «المحلى» وجد فيه ما هو أقسى من مثل هذه الكلمات في الرد على مخالفيه، وهو ما أثار عليه فقهاء المالكية في عصره، ولا حاجة إلى تكذيب هذه الأخبار ما دام من الممكن تفسيرها بأن الخطأ فيها راجع إلى أنهم كانوا يعتبرون انتفاخ بطن المرأة علامة الحبل دائماً مع أنه ثبت طبياً وجود الحالات من انتفاخ بطن المرأة لا علاقة له بالحمل، وقد ذكر الكمال بن الهمام حادثة وقعت لبعض جاراته من هذا القبيل (انظر الفتح: ٤/ ١٨٠).

(٢) المحلى: ١٠/ ٣١٧.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٣٥٢.

(٤) القول الأول هو الطبيعي والواقعي.

غيبة الزوج عنها[1] (المادة ١٥)، وبهذا التقدير أيضاً أخذت قوانين الأحوال الشخصية الجديدة التي صدرت في كل من المغرب (الفصل ٧٦) وتونس (٦٩).

أ ـ في الزواج الصحيح:

ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها لقوله عليه السلام: «**الولد للفراش**»[2]، وذلك إذا تحقق الشرطان التاليان:

١ـ أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، فإن جاءت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه من الزوج. وهذا حكم مجمع عليه.

٢ـ أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، فإن تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسبه من الزوج، كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل (الفقرة ١ من المادة ١٢٩) وهذا الشرط قال به جمهور الفقهاء، وذهب ابن تيمية إلى اشتراط ثبوت الدخول الحقيقي[3].

وخالفهم أبو حنيفة فلم يشترط لصحة النسب أن لا يثبت عدم اللقاء، فمن تزوج مغربية وهو مشرقي، وجاءت بولد لستة أشهر فأكثر، وقبل مضي سنتين من وقت العقد، يثبت نسبه على الزوج عند أبي حنيفة ولو لم يلتقيا ٱلتقاءً محسوساً خلال هذه المدة لأن الزوجية قائمة بينهما، فيدخل تحت عموم قوله عليه السلام: «**الولد للفراش**».

وربما يبدو من هذا أن أبا حنيفة يرى مجرد قيام الزوجية كافياً لألحاق النسب بالزوج ولو لم يتم اللقاء بين الزوجين، وهذا غريب حقاً، وهو أشبه بطريق الظاهرية، ولذلك قال عنه بعض العلماء: «إن أبا حنيفة في هذا الموقف ظاهري محض[4]

---

(١) يلاحظ أن نص هذه المادة في القانون المصري يمنع سماع الدعوى فقط، ولم يتعرض للموضوع نفسه من حيث صحة النسب أو بطلانه.

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة ما عدا أبي داود، والمراد حالة قيام الزوجية.

(٣) نيل الأوطار: ٦/ ٢٨٠ وقد رد عليه الشوكاني بقوله: إن معرفة الوطء المحقق متعسرة، فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهو يحتاط فيها واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط.

(٤) ابن رشد في بداية المجتهد: ١١٢.

وقال آخر: «إن رأيه جمود ظاهر»[1].

والحق أن أبا حنيفة لا يرى مجرد العقد كافياً في إثبات النسب، بل لا بد من (تصور) إمكان اللقاء والدخول بالزوجة، ولذلك لو جاءت امرأة الصبي بولد، لا يثبت نسبه منه عند أبي حنيفة، لأنه لا يتصور دخول الصبي بزوجته[2] وإنما الخلاف بين أبي حنيفة والجمهور، هو أن الجمهور يشترط أن لا يثبت عدم اللقاء، وأبو حنيفة يشترط أن (يتصور) اللقاء ولو بطريق غير محسوس، وفي زواج المشرقي بمغربية مع ثبوت عدم اللقاء بينهما بصورة محسوسة، يتصور العقل إمكان اللقاء عن طريق خارق للعادة[3]! وما دام الشرع قد أعطى الأب حق نفي نسب الولد بطريق اللعان عندما يكون متيقناً أن الولد ليس منه، فلم يبق محذور من إثبات النسب مبدئياً بمجرد قيام الزوجية مع تصور إمكان اللقاء، وللأب إن علم أنه ليس منه أن يقطعه باللعان.

وقد أخذ القانون برأي الجمهور (الفقرة الأولى من المادة ١٢٩) وهو الصحيح الذي يتفق مع قواعد الشريعة وبدهيات العقول.

وإذا انتفى أحد الشرطين المذكورين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه (الفقرة الثانية من المادة المذكورة) وإذا تحقق الشرطان لا يملك الزوج نفي نسب الولد عنه إلا باللعان (الفقرة الثالثة من المادة المذكورة).

واللعان هو أن يتهم الزوج زوجته ـ حين قيام الزوجية ـ بأن الولد ليس منه فيتلاعنان أمام القاضي كما يلي: يقسم الزوج بالله أربع مرات إنه لصادق فيما اتهمها به من أن الولد ليس منه ويقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به، وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. فإذا تم اللعان بهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فوراً ويثبت نسب الولد من أمه فحسب.

---

(١) الشوكاني في نيل الأوطار: ٦/ ٢٧٠.

(٢) فتح القدير: ٤/ ١٧١.

(٣) هكذا يعلل جميع فقهاء الحنفية ثبوت النسب في مسألة المشرقي والمغربية.

ب ـ بعد الفرقة أو الوفاة:

إذا ولدت المطلقة[1] أو المتوفى عنها زوجها، فلا تخلو من أن تكون أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر:

١ـ فإذا كانت قد أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد، يثبت نسبه من الزوج إذا ولد لأقل من ستة أشهر (١٨٠ يوماً) من وقت الإقرار بانقضاء العدة، وأقل من سنة شمسية من وقت الطلاق أو الموت، لثبوت حملها من الزوج وقت الطلاق أو الوفاة، وبذلك يتبين كذبها في الإقرار بانقضاء العدة (المادة ١٣١).

٢ـ وإن كانت لم تقر بانقضاء العدة، ثبت ولدها منه إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يثبت إذا ولدته لأكثر من سنة، إلا إذا ادعاه الزوج (بالنسبة للمطلقة) أو ادعاه الورثة (بالنسبة للمتوفى عنها زوجها) (المادة ١٣٠).

ج ـ في الزواج الفاسد والدخول بشبهة:

يثبت نسب المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا جاءت به لمائة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول، فإن جاءت به لأقل من ذلك لا يثبت نسبه، لتأكد الحمل حينئذ من زوج سابق (الفقرة ١من المادة ١٣٢).

وإذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق، لا يثبت نسبه إلا إذا ولدته خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق (الفقرة ٢ من المادة ١٣٢).

ويثبت نسب المولود من وطء بشبهة إذا جاءت به ما بين أقل من مدة الحمل وبين أكثرها، لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء (الفقرة ٢ من المادة ١٣٢).

---

(١) لا فرق في ذلك بين المطلقة رجعياً أو بائناً، وفي المذهب الحنفي أن ولد المطلقة رجعياً يثبت نسبه من زوجها ولو جاءت به بعد عشرين سنة من تاريخ الطلاق، لاحتمال أن تكون ممتدة الطهر، وعدتها في الفقه الحنفي تستمر حتى تبلغ سن الإياس، وما دامت كذلك فلزوجها أن يراجعها متى شاء فإذا راجعها بالدخول بعد عشرين سنة من طلاقها جاز أن تحمل منه، هذا مع فرض استقامتها وعدم انحرافها، على أنه لا شك في نسبة الولد إليه جاز أن ينفيه باللعان، ولكنك علمت أن القانون أخذ بمذهب مالك فجعل عدة ممتدة الطهر سنة واحدة وبذلك لا يطبق ما جاء في الفقه الحنفي.

الخلاف في الولادة والمولود:

بقي شيء لم يتحدث عنه القانون، وهو أن المعتدة إذا ولدت ولداً خلال المدة التي يثبت فيها النسب، وشهدت امرأة على الولادة، والزوج ينكر الولادة والحبل، لا يلزمه النسب عند أبي حنيفة إلا إذا شهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعند الصاحبين يثبت بشهادة امرأة واحدة، سواء كان هنالك حبل ظاهر أو لا وسواء اعترف الزوج بالحبل أو لا، فإن علم اعتراف الزوج بالولد، أو اعترافه بالحبل، أو كان الحمل ظاهراً، فالولد يثبت بلا شهادة، والقول قولها في الولادة مع يمينها.

أما إذا كان الاختلاف بينهما في المولود لا الولادة فيكتفى بشهادة امرأة واحدة قولاً واحداً[1].

آثار ثبوت النسب:

إذا ثبت النسب في جميع الحالات السابقة ـ ولو من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ـ ترتب عليه جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة، وتستحق به نفقة القرابة الآتي بحثها، ويستحق به الإرث (الفقرة ٢ من المادة ١٣٣).

ملاحظة على القانون:

يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة جاءت فقرة من هذه المادة التي تبحث عن حكم النسب في الوطء بشبهة، وهذا خطأ في الصياغة، وينبغي أن تكون هذه الفقرة مادة مستقلة لأن حكمها ليس خاصاً بالوطء بشبهة، بل هو شامل لجميع الحالات السابقة.

الإقرار بالنسب:

ينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين:

أـ إقرار بالنسب على نفس المقر، كأن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذه أمي..

---

(١) الفتح: ١٧٦/٤.

ب ـ إقرار بنسب محمول على غير المقر: كأن يقول: هذا أخي، أو هذا عمي.

وإليك موجز أحكام كل قسم من هذين القسمين:

أ ـ الإقرار بنسب محمول على نفس المقر:

يصح إقرار الرجل ـ ولو في مرض الموت ـ بالولد والوالدين إذا تحققت الشروط التالية:

أولاً: أن يصدقه الحس، وذلك بأن يولد مثل المقر له بالنبوة من مثل المقر، بحيث يكون فرق السن بينهما محتملاً لهذه الولادة، أو يولد مثل المقر بالأبوة لمثل المقر له. فمن قال لغلام: هذا ابني، وكان سن الغلام عشر سنوات، وسن المقر عشرين سنة، لم يعتبر هذا الإقرار، لأنه لا يعقل أن يولد للإنسان ولد وهو ابن عشر سنين.

ثانياً: أن يصدقه الشرع، وذلك بأن يكون المقر له مجهول النسب، فإذا كان ثابت النسب من غير المقر كان هذا الإقرار باطلاً، لأن الشرع قاض بثبوت النسب من ذلك.

ثالثاً: أن يصدقه المقر له، فإن كذبه في هذا الإقرار كان باطلاً ولم يثبت به النسب، إلا إذا كان المقر له صغيراً أو مجنوناً فلا يشترط تصديقهما لأنهما ليسا بأهل للإقرار والتصديق.

إقرار الزوجة:

وإذا كان المقر ببنوة الغلام زوجة أو معتدة فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضاً، أو أن يثبت ولادتها له من ذلك الزوج، لأن فيه تحميل النسب على الغير، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة[1].

فإذا استوفى الإقرار بالبنوة أو الأبوة هذه الشروط صح وثبت به نسب المقر له من المقر، وترتب عليه الارث الشرعي، وإذا صح الإقرار كما ذكرنا لا يملك المقر الرجوع فيه بعد ذلك، لأن النسب إذا ثبت لا يبطل بالرجوع.

---

(١) انظر: الاختيار شرح المختار: ٢/ ٣٢.

وهذه الأحكام تتفق فيها المذاهب الاجتهادية[1]، ونقل ابن قاضي سماوة الإجماع على هذا[2].

الأحكام القانونية:

تتفق أحكام القانون مع الأحكام الفقهية فيما ذكرناه، وقد تضمنتها المادتان: ١٣٤، ١٣٥.

فالشرطان الأول والثالث قد صرحت بهما المادة (١٣٥).

والشرط الثاني قد صرحت به الفقرة الأولى من المادة (١٣٤).

واقرار الزوجة والمعتدة قد صرحت بحكمه الفقرة الثانية من المادة المذكورة.

ب ـ الإقرار بنسب محمول على الغير:

وإذا كان إقرار الانسان الآخر بنسب محمول على غيره، فالشروط السابقة معتبرة هنا أيضاً، ويزيد عليها شرط آخر، وهو أن يوافق المحمول عليه بالنسب على هذا الإقرار، ففي قوله: هذا أخي، يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك.

وهذا ما نصت عليه المادة: ١٣٦ حيث قالت:

الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

هذا ما يتعلق بثبوت النسب، أما ما يتعلق باستحقاق الإرث فسيأتي في «المواريث».

---

(١) انظر في فقه الشافعية: نهاية المحتاج ٥/١٠٦. وفي فقه المالكية: الخرشي على خليل ٤/٣١٦. وفي فقه الحنابلة: المغني والشرح الكبير ٤/٢٣٧. وفي فقه الإمامية: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/٢٢٥.

(٢) جامع الفصولين: ٢/٣٣.

ثانياً ـ الحضانة

يقصد بالحضانة تربية الصغير[1] ورعاية شؤونه حتى يبلغ سناً معيناً، وأحكام الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلقية السليمة، وإليكم موجز هذه الأحكام في نطاق نصوص القانون.

جعل الشارع أمر حضانة الصغير في مرحلة الطفولة من شؤون النساء، لأنهن أرفق به وأهدى إلى تربيته وحسن رعايته، حتى إذا بلغ سناً يستغني فيه عن الاستعانة بهن جعل حق الاشراف عليه للرجال، لأنهم بعد اجتيازه تلك المرحلة أقدر على حمايته وصيانته وإقامة مصالحه من النساء.

شروط أهلية الحضانة:

يشترط لأهلية الحضانة ـ سواء في النساء أو الرجال ما يلي:

١ ـ العقل، فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما.

٢ ـ البلوغ، فلا حضانة للصغير المميز لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه.

٣ ـ القدرة، وهي الاستطاعة على صيانة الصغير في خلقه وصحته، فلا يسلم للعاجز عن ذلك، لشغل أو كبر أو مرض (المادة ١٣٧).

٤ ـ الأمانة فلا يعطى الصغير لمن كان غير أمين على تربيته وتقويم أخلاقه، ومن ذلك ما إذا كانت تخرج في كل وقت وتترك الولد ضائعاً.

هذه هي الشروط التي تشترط في كل من له حق الحضانة امرأة كان أو رجلاً، وهناك شروط خاصة بالمرأة، وشروط خاصة بالرجل.

أما بالنسبة إلى المرأة فيشترط فيها أيضاً:

١ـ أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه، لأنه ينظر إليه شزراً، ويعطيه نزراً، فلا تكون مصلحته مضمونة في هذه الحالة، وقد جاء هذا الشرط صريحاً في الحديث: «**أنت أحق به ما لم**

---

(١) المراد بالصغير ما يشمل الصغيرة أيضاً وهكذا في كل ما يأتي.

تنكحي» (المادة ١٣٨) وما ذكرناه من عدم ضمان مصلحة الصغير في زواجها بأجنبي هو الغالب، وإلا فكثيراً ما يكون الأجنبي أحنى على الصغير من قريبه، فعلى القاضي أن يتحقق من ذلك[١].

٢ـ أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه أو أخته أو جدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، وكذا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي، ولهن الحق في حضانة الأنثى.

٣ـ أن تقيم في بيت ليس فيه من يبغض الصغير كزوج الأم الأجنبي عنه، ضماناً لحسن رعايته وكمال العناية به.

٤ـ أن لا تكون قد امتنعت عن حضانته مجاناً والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة، وإن كانت كذلك فقد سقط حقها بالحضانة.

وأما بالنسبة إلى الرجل فيشترط لاستحقاقه الحضانة، أن يكون عصبة للصغير على ترتيب الارث بشرط أن يكون محرماً، فلا حضانة لابن العم بالنسبة للأنثى، وله الحضانة بالنسبة للصبي.

درجات إستحقاق الحضانة:

وعلى هذا يكون حق الحضانة بالترتيب التالي:

أولاً ـ من النساء:

الأم أحق بحضانة الولد حين وقوع الفرقة بين الزوجين بوفاة أو طلاق؛ وهذا حكم مجمع عليه، لما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت له: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً وحجري له حواءً[٢]

---

(١) قال العلامة ابن عابدين رحمه الله: «والأصوب التفصيل: وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق (أي في الحضانة) لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريب مبغض يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد» رد المحتار: ٢/ ٦٣٩.

(٢) الحواء بالكسر اسم للمكان الذي يضم الشيء ويجمعه.

وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[1].

ويؤكد هذا ما رواه ابن أبي شيبة من أن عمر بن الخطاب طلق زوجته أم عاصم، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم، فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلق إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقال له أبو بكر: مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه[2].

فإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهل للحضانة لفقدها شرطاً من الشروط التي ذكرناها، فالحضانة حينئذٍ لأم الأم، ثم لأم الأب وإن علت، ثم للأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، ثم لبنات الأخوات الشقيقات، فبنات الأخوات لأم، فبنات الأخوات لأب، ثم للخالات والعمات[3]، المادة (١٣٩).

ثانياً ـ من الرجال:

فإن لم يكن للصغير امرأة من هؤلاء، انتقلت الحضانة إلى الرجل على ترتيب العصبات، الآباء وإن علوا، فالإخوة وأبناؤهم وإن نزلوا، فالأعمام، أما أبناؤهم فلا حق لهم في حضانة البنت ولهم الحق في حضانة الطفل كما تقدم.

فإن لم يكن للبنت من عصباتها غير ابن العم، اختار لها القاضي أفضل المواضع، لأن الولاية في هذه الحالة إليه، فيراعى الأصلح، فإن رآه أصلح ضمها إليه وإلا فيضعها عند امرأة أمينة[4].

وإن كان لها ابن عم وخال، وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان الخال أولى[5].

فإن لم يكن للصغير عصبة من الرجال، انتقلت الحضانة ـ عند أبي حنيفة ـ

---

(١) رواه أبو داود (انظر معالم السنن للخطابي؛ ٣/ ٢٨٢).

(٢) نصب الراية: ٣/٢٦٦.

(٣) يلاحظ في هذا الترتيب أن حق الحضانة تقدم فيه قرابة الأم، وتلك هي القاعدة لأن الحضانة حق مستفاد من قبل الأم فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى، هذا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيتهما أولى، ففي رواية أن الأخت لأب أولى، وفي رواية أن الخالة أولى (البدائع: ٤/ ٤١).

(٤) (٥) البدائع: ٤/ ٤٣.

إلى الأخ لأم، ثم إلى ولده، ثم إلى العم لأم، ثم إلى الخال لأب وأم، ثم إلى الخال لأب، ثم لأم، لأن لهؤلاء ولاية في النكاح عند أبي حنيفة، فيكون لهم حق الحضانة[1]. وجمهور الفقهاء لا يعطي لهؤلاء حق الحضانة، ويظهر أن هذا هو الذي اختاره قانوننا لأنه اقتصر على ذكر العصبات فحسب (المادة ١٣٩).

ولأنه ذهب في الولاية في الزواج إلى قصرها على العصبات دون ذوي الأرحام، فيكون الأمر هنا كذلك.

تعدد أصحاب الحق:

إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كإخوة أو أعمام، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقاً، فإن تساووا كان أولاهم أكبرهم سناً، وقد جعل القانون للقاضي حق اختيار الأصلح (المادة١٤٠).

سلب الحضانة وعودتها:

كل من ذكرنا أن له حقاً في الحضانة من النساء والرجال، يسلب منه هذا الحق إذا ثبت أنه غير مأمون على الصغير ولو كان أباً أو أماً، لأن الحضانة لمصلحة الصغير، وهي في غير المأمون غير متحققة (الفقرة الثانية من المادة ١٤٦).

وكذلك كل من سلب حق الحضانة لسبب من الأسباب، تعود إليه الحضانة إذا زال السبب، فالأم التي حرمت حق الحضانة لزواجها من أجنبي أو قريب غير محرم، يعود إليها حقها في الحضانة إذا طلقت أو مات عنها زوجها، (المادة ١٤١).

هل تجبر الأم على الحضانة:

المفتى به في الفقه الحنفي أن الأم لا تجبر على الحضانة، لجواز أن تكون غير قادرة على القيام بحقوق الحضانة، إلا إذا تعينت بأن لم يوجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، وهذا هو قول الشافعي وأحمد أيضاً، وهو رواية عن مالك.

وقيل إنها تجبر على الحضانة، لأنها حق الولد عليها، ولهذا لا تملك إسقاطها بالخلع، فإذا خالعت الزوج على أن تترك له حق الحضانة، أو اشترط عليها الزوج ذلك، فالخلع صحيح والشرط باطل، ولحاضنته الشرعية في أخذها

---

(١) فتح القدير: ٤/ ١٨٧.

منه، وقد تقدم ذلك في أحكام الخلع (المادة ١٠٣). وبهذا قال بعض العلماء، وهو رواية عن مالك، واختاره بعض فقهاء الحنفية[١].

أجرة الحضانة:

تستحق الحاضنة أجرة الحضانة، إذا لم تكن زوجة لأبي الصغير، أو معتدة له من طلاق، فإذا كانت كذلك فلا أجرة لها، لأنها تستحق على زوجها نفقة الزوجية إن كانت زوجة، ونفقة العدة إن كانت مطلقة، فلا تستحق نفقة أخرى (المادة ١٤٣) أما إن كانت معتدة من وفاة، فلها أجرة الحضانة، لأنها لا نفقة لها في عدة الوفاة كما تقدم.

ويلحق بأجرة الحضانة أجرة مسكن لها وللصغير إذا لم يكن لها مسكن، وأجرة خادم إذا كان الصغير يحتاج إلى خادم[٢].

وأجرة الحضانة تجب في مال الصغير إن كان له مال، وإلا ففي مال أبيه، أو من يكلف بنفقته عند عدم الأب أو إعساره (المادة ١٤٢) واشترط القانون أن لا تزيد أجرة الحضانة عن نصف نفقته.

فإن كان المكلف بأجرة الحضانة معسراً وتبرع بحضانة الصغير أحد أقربائه المحارم، خيرت الحاضنة بين حضانتها له بغير أجر، وبين تسليمه لمن تبرع بحضانته (المادة ١٤٤).

إتحاد الدين:

لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والصغير، وعلى هذا فالأم أحق بالحضانة وإن كانت على غير دينه، لأن مناط الحضانة بالنسبة للنساء هي الشفقة، وهي لا تختلف باختلاف الدين، ويصرح الفقهاء بأن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان ـ وقدر بسبع سنين ـ أو يخاف أن يألف دين أمه، وتمنع أمه من تغذيته بلحم الخنزير والخمر[٣].

هذا إذا كان حق الحضانة للنساء، أما إذا كان للرجل فيشترط إتحاد الدين بين الحاضن والصغير، لأن مناط الحضانة بالنسبة للرجال هو التعصيب، واختلاف

---

(١) فتح القدير: ٤/ ٨٥.

(٢) الدر وحاشيته: ٢/٥٣٧، وانظر بحث الاستئجار للحضانة وحقوقها: الاختيار: ١/ ٢٣٠.

(٣) الفتح: ٤/ ١٨٤.

الدين يمنع من التعصيب كما الإرث، فلو كان الطفل مسيحياً وله أخوان أحدهما مسلم والآخر مسيحي، كان حق الحضانة لأخيه المسيحي[1].

فسق الحاضنة:

الأم أحق بالولد ولو كانت سيئة السيرة معروفة بالفجور، ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه، فينتزع منها، حياطة لأخلاقه من الفساد، ويكون سلبها حق الحضانة حينئذ لأنها غير أمينة، وتسلب حق الحضانة أيضاً إذ ألزم من فجورها ضياع الولد ولو لم يعقل ذلك، أما إذا لم يضع الولد بفجورها فلا ينزع منها حتى يعقل[2].

الانتقال بالصغير:

هل يجوز لأحد الأبوين السفر بالصغير إلى بلده التي يسكن فيها؟ في الأمر تفصيل نوجزه فيما يلي:

١ـ حال قيام الزوجية:

مكان حضانة الصغير إذا كانت الزوجية قائمة هو مكان الزوجين، فإذا أرادت الزوجة أن تخرج من المصر الذي يسكنان فيه، فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أم لا، ويجوز لها أن تسافر بولدها إذا أذن لها زوجها (المادة ١٤٨ الفقرة الأولى).

٢ـ في حال العدة:

وإذا كانت معتدة فليس لها أن تخرج من مسكن الزوجية، سواء كانت مع الولد أو بدونه، لأن اعتدادها في بيت الزوجية واجب، ولا يجوز لزوجها إخراجها، قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾ [الطلاق: ١].

بعد انقضاء العدة:

يجوز لها أن تخرج بولدها من غير إذن أبيه إلى بلد توفر فيه شرطان:

---

(١) البدائع: ٤/ ٤٣. وفيما ذكرناه خلاف الشافعي وأحمد حيث قالا: لا حضانة للذمية ولا للذمي.

(٢) ابن عابدين ٢/ ٦٣٤.

١ ـ أن يكون بلدها الذي عاشت فيه قبل الزواج.

٢ ـ وأن يكون قد جرى فيه عقد زواجها.

فإن فقد أحد هذين الشرطين، فليس لها الخروج بالولد، وذلك كأن تخرج به إلى بلدها، ولم يكن عقد الزواج قد تم فيه، أو تخرج إلى بلد تم فيه عقد زواجها ولكنه غير بلدها. نعم إذا أذن لها الأب بذلك جاز (الفقرة ٢ من المادة ١٤٨).

هذا كله إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة، فإن كانت قريبة بحيث يستطيع الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، فلها ذلك.

وهذا إذا كانت الحاضنة هي الأم، أما إن كانت غير الأم، فليس لها أن تسافر بالولد إلا بإذن أبيه أو وليه (المادة ١٤٩).

أما الرجل فليس له أن يسافر بولده في مدة حضانة الولد إلا بإذنها، لأن الحضانة حقها فلا بد من إذنها (المادة ١٥٠).

مدة الحضانة:

إذا كانت الحاضنة هي الأم أو الجدة، فلها الحق بالحضانة حتى يستغني الغلام عنها بحيث يأكل وحده، ويلبس وحده، وفي الجارية حتى تبلغ أو تشتهى.

وإن كانت الحاضنة غير الأم أو الجدة من القريبات المحارم فتمتد الحضانة للغلام والجارية حتى يستغني كل منهما عن مساعدة الحاضنة.

هذا هو الحكم الفقهي كما قرره الفقهاء المتقدمون، ولكنهم أخيراً قرروا الحضانة بسبع سنين في الغلام، وبتسع في الجارية حتى لا يقع النزاع في إنتهاء أمد الحضانة، ومن الفقهاء من حدد نهاية الحضانة بتسع في الغلام وإحدى عشر في الجارية[1].

وذهب مالك إلى أن الحضانة تمتد حتى يبلغ الغلام، وتتزوج الجارية ويدخل الزوج بها.

---

(١) قال الصدر الشهيد رحمه الله: وهذا شيء يختلف باختلاف رفقه أو خرقه، والمقصود من ضرب هذه المدة بناء على الأمر الظاهر أما لو اهتدى إليه (أي إلى الاستغناء وحده) فيعتبر حاله ولا تعتبر المدة. اهـ شرح نفقات الخصاف ص١٠.

وقد مشى قانوننا على مذهب الحنفية فجعل إنتهاء الحضانة بإكمال الغلام السابعة والبنت التاسعة، (الفقرة ١ من المادة ١٤٦) وجعل للقاضي الحق بأن يمد الحضانة إلى التسع في الغلام وإحدى عشرة في الجارية (المادة ١٤٧).

نشوز المرأة:

إذا نشزت المرأة المتزوجة عن طاعة زوجها، ولها أولاد فوق الخامسة، كان للقاضي وضعهم عند أي واحد من الزوجين شاء، على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الأولاد بالاستناد إلى سبب موجب (المادة ١٤٥).

بعد انتهاء الحضانة:

إذا انتهت حضانة النساء، أصبح إمساك الولد من حق الأب، ولا يجعل للولد الخيار في أن يختار الأب أو الأم، وقال الشافعي: يخيَّر بين أن يبقى عند أمه أو ينتقل إلى أبيه.

وإذا أمسكه الأب فإلى أي وقت يظل من حق الأب إمساكه فيه؟

يختلف الأمر بين الذكر والأنثى:

فالصبي يكون لأبيه الحق في إمساكه حتى يبلغ، وعندئذ يخير بين أن ينفرد بالسكنى، أو يسكن مع أيهما شاء، إلا إذا كان قد بلغ سفيهاً مفسداً، فيضمه الأب إليه، لدفع فتنة أو عار، ولتأديبه إذا وقع منه شيء، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتبرع الأب بالإنفاق، وإن بلغ معتوهاً ـ وكذا المعتوهة ـ فقيل: يكون عند الأم، وقيل: يكون عند الأب، وهو موافق للقواعد[1].

وأما الفتاة فيضمها الأب ـ وكذا الولي المحرم ـ إليه إذا كانت بكراً، وكذا إذا كانت ثيباً يخشى عليها من الفتنة، فإن كانت لا يخشى عليها وكانت ذا عقل وخلق مستقيم وكانت مسنة ـ ويستنتج من القانون بأن تكون قد بلغت الأربعين ـ فلها أن تنفرد بالسكنى حيث أحبت.

والفتاة التي يملك الأب ضمها إليه، لا تستحق عليه نفقتها إذا تمردت عن السكنى معه ورفضت متابعته بغير حق (المادة ١٥١).

---

(١) ابن عابدين: ٢/ ٦٤١.

ملاحظات على القانون:

ذكر القانون أحكام الحضانة من المواد (١٣٧ ـ ١٥١) وتتفق أحكامه والأحكام الفقهية التي ذكرناها، مع إبداء الملاحظات الآتية:

١ـ أنه جعل حق الحضانة للعصبات من الرجال، عند فقد من لهن الحق بالحضانة من النساء، ولم يقيد العصبات بالمحارم، وهو قيد لا بد منه ولا خلاف فيه، فابن العم أعطاه القانون حق الحضانة لبنت عمه، مع أنه لاحق له في الحضانة كما ذكرنا، ومن الغريب أن القانون منع ابن العم من حق الولاية في الزواج (المادة ٢١) مع أنه لا ضرر من إعطائه حق الولاية بحسب أحكام القانون كما ذكرنا ذلك فيما مضى[١]، ثم أعطاه هنا حق الحضانة لبنت عمه مع ما في ذلك من تعرضها للفتنة عنده في أواخر مدة حضانتها، وهذا موقف لا نجد له مبرراً.

٢ـ ذكر القانون من شروط أهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً، وعدم زواج الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم، وأغفل بقية الشروط التي ذكرها الفقهاء، ومنها الأمانة والإقامة في بيت ليس فيه من يبغض الصغير. أما الأمانة فيمكن إدخالها في شرط القدرة على صيانة الولد، لأن من لم تكن أمينة على المحضون، لا تكون قادرة على صيانته صحياً وخلقياً، فاشتراط القدرة يغني عن اشتراط الأمانة، وأما اشتراط أن تقيم الحاضنة في بيت ليس فيه من يبغض المحضون، فلا نرى مبرراً لإهماله، ولا يغني عنه شرط القدرة إلا بتكليف كبير.

٣ـ لم يتعرض القانون لحكم ما إذا فقد العصبات من الذكور مع وجود الأقرباء من ذوي الأرحام، وقد ذكرنا أن حق الحضانة حينئذ ينتقل إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم ثم إلى الخال وهذا ـ على رأي أبي حنيفة واستظهرنا أن يكون القانون لم يأخذ بهذا الرأي مع وجاهته، لأن إعطاء حق الحضانة لذوي الأرحام أولى وانفع للصغير من ترك الأمر للقاضي بحيث يضعه عند امرأة أجنبية موثوقة.

وبعد طبع ما تقدم في صفحة (٢٧٠) سألنا الأستاذ مصطفى الزرقا عضو اللجنة التي وضعت القانون بشكله النهائي ـ عن هذه الملاحظة، فأجاب بأن اللجنة

---

(١) انظر: صفحة ١٤٠ ـ ١٤١ من هذا الكتاب.

لم تذهب إلى حرمان ذوي الأرحام من حق الحضانة، وإنما اقتصر القانون على ذكر العصبات فقط بناء على أنه يندر أن لا يوجد للطفل قريبة واحدة ممن لهن حق الحضانة من النساء، ولا واحد من أقربائه من العصبات، فإذا وجدت مثل هذه الحالة النادرة، فمن واجب القاضي الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة تطبيقاً للمادة (٣٠٥) من القانون. وعلى ذلك يكون الحكم هو ما ذكرناه من حق ذوي الأرحام في الحضانة عند فقدان العصبات.

٤ـ لم يذكر القانون مسألة اتحاد الدين بين المحضون وحاضنته، وقد بيَّنَّا الحكم الفقهي في ذلك.

٥ـ عبارة القانون في أجر الحضانة (المادة ١٤٢) جاءت موجزة، ويجب أن تفهم على ضوء أحكام المادتين ١٥٤ و ١٥٥ في باب نفقة الأقارب، وكان الأولى ذكر الحكم موضحاً في هذا المقام.

كما أن القانون لم يتحدث عن حق حضانة في إيجاد مسكن لها وللمحضون إذا لم يكن لها مسكن، وكذلك عن نفقة الخادم إذا كان المحضون في حاجة إليه.

٧ـ اشترط القانون أن لا تزيد أجرة الحضانة عن نصف نفقة الصغير، ولا سند لهذا التحديد إلا السياسة الشرعية أخذاً بمبدأ الاستصلاح، منعاً لإرهاق الأب بأجرة غير حقيقية للحضانة، قد تصل إلى مثل نفقة الصغير أو أكثر منها، وليس من المعقول أن تصل أجرة الحضانة إلى ما يعادل غذاء الطفل ولباسه وجميع نفقاته المعاشية.

٨ـ جاءت المادة ١٤٦ مؤلفة من فقرتين: الأولى تحدد مدة الحضانة والثانية تمنع حضانة الولي ولو كان أباً إذا كان غير مأمون على الصغير، ولا يخفى أن قرن هذين الحكمين في مادة واحدة خطأ في الصياغة، بل الواجب أن تكون الفقرة الثانية مادة مستقلة تأتي بعد المادة ١٣٩ وهي التي تتحدث عن درجات الحضانة بالنسبة للنساء والرجال.

ثالثاً ـ الرضاع

قال الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ﴾ [البقرة: ١٢٣].

هذه الآية جمعت أهم أحكام الرضاع والنفقة، وإليك موجز أحكام الرضاع:

أ ـ هل تجبر الأم على الإرضاع:

اتفق فقهاء الإسلام على أن الرضاع واجب على الأم ديانة، واختلفوا في وجوبه عليها قضاءً، ففقهاء الحنفية على أنه لا يجب ولها أن تمتنع، وقال آخرون بالوجوب قضاءً فتجبر عليه[1].

واتفق الجميع على وجوبه عليها قضاءً في ثلاث حالات:

١ـ أن يأبى الطفل الرضاع إلا من ثدي أمه، فيجب عندئذ إرضاعه إنقاذاً له من الهلاك.

٢ـ أن لا توجد من ترضعه سواها، فيتحتم عليها إرضاعه أيضاً إنقاذاً له من الهلاك.

٣ـ أن لا يكون للولد ولا لأبيه مال لاستئجار مرضعة، فيجب عليها إرضاعه كذلك.

ب ـ إستئجار المرضع:

إذا لم يتعين على الأم الرضاع بحيث لم توجد حالة من الحالات الثلاث السابقة وامتنعت عن الإرضاع، وجب على الأب أن يستأجر له مرضعاً وتسمى «الظئر» وأجرتها في مال الصبي إذا كان له مال، وإلا في مال أبيه، لأنه ملزم بنفقة ولده الفقير كما سيأتي.

---

(١) ولمالك تفصيل في ذلك، وهو أن الأم لا تجبر على الإرضاع إذا كانت شريفة وليس من عادة قومها الإرضاع، وتجبر إذا لم تكن كذلك (انظر دفاع ابن العربي عن هذا الرأي في أحكام القرآن: ١/٢٠٦).

جـ ـ هل تعطى الأم أجرة الرضاع؟

إذا أرضعت الأم الطفل ـ في أية حالة من الحالات ـ فهل يجوز لها أن تطالب بأجرة الإرضاع؟ في الأمر تفصيل:

١ـ فإن كانت الأم لا تزال زوجة لأبي الطفل، أو معتدة من طلاقه[١] فلا تستحق أجرة على الرضاع، لأن الزوج ـ أبا الطفل ـ مكلف بالإنفاق عليها، زوجة أو معتدة، فلا تستحق عليه نفقة ثانية ولو تعدد السبب[٢].

٢ـ وإن كانت معتدة من وفاة، أو كانت قد انقضت عدتها، فلها أجرة الرضاع، لأنها أصبحت أجنبية لا تستحق عليه نفقة ما، فلها أن تطالب بالأجرة كما تطالب الأجنبية أو القريبة إذا كانت غير أم، وهي أحق بإرضاع ولدها حينئذ ما لم تطلب زيادة على ما تأخذ غيرها. والأصل في هذا الحكم قوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦].

د ـ بين الأم والمتبرعة بالرضاع:

إذا طالبت الأم بالأجرة على الرضاع في الحالات التي لا تجبر فيها على الإرضاع ويحق لها طلب الأجرة، وجاءت امرأة غيرها ـ سواء كانت قريبة للطفل أو أجنبية ـ تعلن عن رغبتها في التبرع بإرضاع الطفل مجاناً، أو بأجرة أقل مما تطلبه الأم، كانت هي أولى من الأم بالإرضاع سواء كان الأب معسراً أو موسراً[٣].

ويقال للأم حينئذ: إما أن ترضعيه متبرعة، أو بمثل الأجرة التي تطالب بها غيرك، وإما أن تسلميه لها، وفي هذه الحالة ـ إذا أخذته المتبرعة أو ذات الأجر الأقل لارضاعه ـ يبقى حق الحضانة لأمه، فإما أن ترضعه عند الأم، وإما أن ترضعه في بيتها ثم ترده إلى الأم.

---

(١) وذلك في الطلاق الرجعي قولاً واحداً، وفي الطلاق البائن روايتان في المذهب الحنفي: إحداهما تقول: لا تستحق أجرة الرضاع لأن لها نفقة في عدتها، والأخرى تقول: تستحق الأجرة لأن النكاح قد زال، والقانون قد أخذ بهذه الرواية، وإن كان الكمال بن الهمام رجح الأولى ونحن نذهب إلى ذلك (انظر الفتح: ٤/ ٢١٩).

(٢) وعلل ذلك صاحب الهداية بقوله: لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة، قال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه (انظر الهداية وشرحها فتح القدير: ٤/ ٢١٩).

(٣) هذا هو الحكم الفقهي (انظر ابن عابدين: ٢/ ٦٧٦) وسيأتي مناقشتنا للموضوع عند ذكر موقف القانون.

أما إذا لم يجد الأب من يرضع الطفل إلا بأجرة، فالأم أولى بالإرضاع وأخذ الأجرة، لأنها أحنى عليه، ولها حق الحضانة.

متى تبدأ أجرة الرضاع؟

يبدأ حق الأم بأجرة الرضاع منذ أن ترضعه، من غير توقف على عقد بينها وبين الأب، بخلاف الظئر فإن حقها في الأجرة لا يبدأ إلا منذ العقد، ولا تسقط الأجرة بموت الأب، بل تكون دائنة له أسوة بغرمائه[(١)].

مدة الرضاعة:

مدة الرضاع ثلاث أوقات: أدنى وهو سنة ونصف، وأوسط وهو سنتان، وأقصى وهو سنتان ونصف، فلو استغنى الولد عن الرضاع دون السنتين ففطمته أمه في سنة ونصف جاز لها ذلك بالإجماع[(٢)] ولا تأثم، ولو لم يستغن بسنتين جاز لها أن ترضعه بعدهما عند عامة المشايخ[(٣)].

وهذا من حيث الرضاع نفسه، أما الأجرة عليه، فإن كانت أماً، فلا تستحق أجرة لمدة أكثر من سنتين قولاً واحداً[(٤)]، أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ﴾ [البقرة: ١٣٣]. وإن كانت ظئراً فتستحق الأجرة للمدة المتفق عليها، فإذا انتهت المدة وكان الطفل لا يزال في حاجة إلى الإرضاع، لم تجبر على الاستمرار فيه، إلا إذا أبى الطفل أن يأخذ ثدي غيرها، فتجبر حينئذ بأجر المثل حتى يأخذ ثدي غيرها أو يستغني عن الرضاع[(٥)].

ولو كانت المرضع متبرعة بالإرضاع وأرادت أن تنهي تبرعها، فلها ذلك ولا تجبر على الاستمرار فيه إلا إذا أبى أن يأخذ ثدي غيرها أيضاً، وحينئذ ترضعه بأجر المثل حتى يستغني أو يقبل ثدي غيرها.

هل تلزم الأب نفقة غير الإرضاع:

الإرضاع للطفل الصغير هو غذاؤه الرئيسي، ولا يحتاج إلى شيء ما دام في

---

(١) الدر المختار: ٢/٦٧٦.
(٢) أي إجماع فقهاء الحنفية.
(٣) ما عدا خلف بن أيوب (من تلامذة أصحاب أبي حنيفة توفي ٢٠٥) فإنه قال: لا يجوز الرضاع بعد الحولين.
(٤) شرح نفقات الخصاف للصدر الشهيد ص٣ «طبع الهند».
(٥) البحر: ٤/٢٢٢.

سن الرضاع الخالص، إلا أن يكون ضعيف البنية فيصف له الطبيب بعض الأدوية والمقويات، وعلى هذا فأجرة الرضاع قائمة مقام إطعام الرضيع وغذائه، فلا تستحق المرضع نفقة زائدة على الإرضاع باسم نفقة الغذاء، ولكن الرضيع يحتاج إلى أشياء أخرى كاللباس والفرش والغطاء والصابون وما أشبه هذا، فيقرر له القاضي نفقة خاصة لهذه الحاجات الضرورية[1]، ومن هنا قالوا: إن على الأب ثلاث نفقات للطفل الصغير[2]:

١ ـ أجرة الرضاع، ٢ ـ أجرة الحضانة، ٣ ـ نفقة معيشته. وينبغي أن يضاف إلى ذلك نفقتان أخريان: أ ـ أجرة مسكن للصغير إن لم يكن للحاضن مسكن، ب ـ أجرة خادم له إن كان في حاجة إليه، وقد سبق بيان ذلك في أبحاث الحضانة.

ما تكلف به المرضع:

الأصل في استئجار المرضع أن يكون للإرضاع فحسب، ولكن إذا جرى العرف بوجوب شيء عليها تجاه الرضيع، فعليها أن تقوم به، والعرف هو المحكم في مثل هذه الحالة[3].

ملاحظات على القانون:

١ ـ ذكر القانون بعض أحكام الرضاع في مادتين، فجاء في الفقرة الأولى من المادة (١٥٢) أن أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته، يعني الأب إن كان قادراً على النفقة والكسب، وإلا فالجد كما سيأتي في أحكام نفقة الأقارب.

٢ ـ وجاء في هذه الفقرة أيضاً أن أجرة الرضاع تعتبر في مقابل غذائه، وقد علمت أن هذا مقيد في سن الرضاع الخالص، أما بعد الفطام أو أثناءه أو قبيله فلا بد من تقدير نفقة للغذاء الذي يحتاجه في تلك الحالات.

٣ـ وجاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أن الأم لا تستحق أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي، ومقتضاه أنها تستحق أجرة

---

(١) إلا أن يكون القاضي قد لاحظ هذه الحاجات عند تقدير أجرة الحضانة أو الرضاع.

(٢) البحر: ٤/ ٢٢٢.

(٣) قال الزيلعي في شرح الكنز: وعليها إصلاح طعام الصبي لأن خدمة الصبي واجب عليها وهذا منه عرفاً وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه، والطعام والثياب على الوالد، وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ١٢٩).

الرضاع في عدة الطلاق البائن وفي عدة الوفاة وبعد إنقضاء العدة مطلقاً، وقد ذكرناه في الحاشية رقم (٣ من ص١٩٧) أن القول باستحقاق أجرة الرضاع للمطلقة طلاقاً بائناً هو أحد روايتين في المذهب الحنفي، واخترنا القول بالرواية الأخرى التي لا توجب الأجرة في عدة الطلاق البائن، وهو ما رجحه الكمال بن الهمام، وعليه العمل في محاكم مصر[١].

٤ـ وجاء في المادة (١٥٣) أن المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسراً على أن يكون الرضاع في بيت الأم.

ومقتضى هذا أن الأب إذا كان موسراً كانت الأم أولى بالإرضاع في تلك الحالة، وأن القانون يفرق بين إعسار الأب ويساره، مخالفاً بذلك نصوص فقهاء المذهب الحنفي، فمؤلفوهم جميعاً على أنه لا فرق بين حالة الإعسار واليسار في تلك الصورة[٢]، وهم يفرقون في ذلك بين الحضانة والرضاع، حيث تقدم المتبرعة على الأم ـ في الحضانة ـ إذا كان الأب معسراً، وتقدم الأم ـ ولو طلبت أجراً أكثر ـ إذا كان موسراً، ولعل حكمة هذا التفريق أن الحضانة تعتمد على الحنو والشفقة، ولا شك في أن الأم أحنى ممن عداها، فيجب أن يتحمل الأب ما تطلبه الأم من أجر ما دامت حالته المالية تتسع لذلك، لأن في دفع الصغير للمتبرعة الأجنبية ضرراً به لقصور شفقتها عليه، فلا يعتبر معه الضرر في المال، لأن حرمة (المال) دون حرمة (الصغير)[٣]. أما الإرضاع فهو مطلوب لتغذية الطفل ونمو جسمه، وهذا لا يختلف بين لبن الأم ولبن غيرها.

ونحن نرى أن لما ذهب إليه القانون في التفريق بين اليسار والإعسار كما في الحضانة، وجهاً قوياً من النظر يجب الأخذ به[٤].

٥ـ هذا وقد جاء نص المادة (١٥٣) قاصراً على التبرع بالاضاع، وينبغي أن يلحق به ما إذا رضيت غير الأم بأجر أقل مما تطلبه الأم، كما ذكرنا في الفقرة «د» من هذه الأحكام.

---

(١) الأحوال الشخصية لخلاف: ٢٠٥، وأبي زهرة: ٤٠٢.

(٢) قال ابن عابدين في حاشيته على الدر عند قول صاحب الدر: إن الأم أحق بإرضاع ولدها إذا لم تطلب زيادة على ما تأخذه الأجنبية ولو دون أجر المثل: ولم يقيدوا هنا بكون الأب معسراً أو موسراً «٢/٦٧٦».

(٣) تقرير ابن عابدين على البحر: ٤/٢٢٢.

(٤) ذلك لأن الإرضاع ـ وإن كان مقصوداً للتغذية، وهي تكون بلبن الأم كما تكون بلبن غيرها ـ يختلف بين إرضاع الأم وإرضاع غيرها، فالأم بعاطفتها وغريزة الأمومة فيها ـ

رابعاً ـ نفقة الأقارب

تمهيد

نظام النفقات في الإسلام من الأدلة الواضحة على نزعته الاشتراكية المعتدلة، وعلى طابعه الإنساني الرحيم، وهو من جملة النظم التي وضعها الإسلام لتحقيق التكافل الاجتماعي في الأمة[١]، وسيمر بك في أوائل أبحاث المواريث إشارة إلى بعض هذه النظم[٢].

= تندفع إلى إرضاع الصبي بحنان وشفقة كلما طلب إرضاعه، وبقدر كاف إلى أن يتحقق شبعه، وهذا لا يتأتى في غير الأم، ولا سيما إذا كانت أجنبية تمتهن الإرضاع، على أن الفقهاء قد أبقوا حق الحضانة في حال إعطاء الصغير إلى غيرها لإرضاعه، فكيف تصوروا إمكان الجمع بين حقها في الحضانة للأم وبين إرضاع المتبرعة؟ لقد ذكروا في ذلك وجوهاً يعسر تطبيقها عدا ما فيها من إضرار بالصغير! فقد قالوا: إنها ترضعه عند الأم ثم ترجع إلى منزلها، أو يحمل الصبي معها إلى البيت، أو تأتي إلى بيت الأم فتقول: أخرجوه، فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه، ولا نكران في أن هذه الحالات لا يتأتى فيها إرضاع الطفل بالقدر الذي يحتاجه، مع تمكن أمه من إشرافها عليه وحضانتها له. وفيها من المشقة والإيذاء للصغير ما لا يبيحه الشرع، وخاصة إذا كان الوقت شتاءً وبيت المرضع بعيداً عن بيت الأم. ونحن نراهم قد اعترفوا بذلك فقالوا: إن الأم لو طلبت مكث الظئر عندها لا يلزم الظئر ذلك، فعلى الأب إحضار مرضعة ترضعه وهو عند أمه لأن الظئر قد تغيب عند حاجة الولد إلى الرضاع، ولا يمكن للأم إحضارها، فقد لا ترضى بإخراج ولدها إلى فناء الدار «ابن عابدين على الدر: ٢/ ٦٧٥» ولهذا نرى صحة ما ذهب إليه القانون من وجوب إلزام الأب بدفع الأجرة إلى الأم مع وجود المتبرعة بالرضاع إذا كان موسراً، ولا عبرة بما يلحقه من ضرر مالي ما دام ذلك أنفع للصغير وأوثق لحسن إرضاعه وحضانته لأن ضرر الصغير في جعل إرضاعه لامرأة وحضانته لأخرى، أشد من ضرر الأب بدفع الأجرة، كما نقلنا عنهم ذلك آنفاً في حالة الحضانة، على أن ضرر الصغير يعتبر في الحقيقة ضرراً لأبيه، فكل ما يؤذيه يؤذي أباه والله تعالى يقول: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾.

(١) هذا أبرز محاسن نظام النفقات.

(٢) انظر كتابنا «اشتراكية الإسلام» الطبعة الثانية، ففيه تفصيل واف لنظرية الاشتراكية الإسلامية وأنظمتها.

أما بحثنا الآن فهو خاص بالنفقات على الأقرباء، حين يكونون عاجزين عن الإنفاق على أنفسهم لصغر أو مرض أو كبر أو ما أشبه ذلك.

والفقهاء المسلمون متفقون على مبدأ وجوب نفقة المعسر على الموسر من الأقرباء، وإن كانوا مختلفين في مدى شموله لدرجات القرابة المختلفة، وأصل هذا المبدأ وارد في الكتاب والسنة، وعمل به في المجتمع الإسلامي منذ عصر الرسول عليه الصلاة والسلام فما بعده، وعني به أئمة الاجتهاد والمذاهب الإسلامية المتعددة وبذلك يكون هذا المبدأ جزءاً أساسياً من تنظيم المجتمع كما وضع قواعده القرآن وزادته السنة النبوية إيضاحاً وشرحاً، ولو طبق في مجتمعنا تطبيقاً دقيقاً مع مراعاة تطور الحياة الاجتماعية بالنسبة للعصور الماضية، لكان ذا أثر كبير في محو كثير من مظاهر البؤس والتفكك في مجتمعنا العتيد، ولا يضير هذا النظام أنه لم يعمل عمله المطلوب في رفع مستوى الأسر والعائلات في العصور الأخيرة، وذلك لأنه أهمل تطبيقه - إلا قليلاً نادراً - ولم يلتفت في العصر الحاضر إلى خطورة شأنه بحيث يتخذ أساساً لتشريع اجتماعي واسع المدى يحقق التكافل الاجتماعي الذي تسعى نهضتنا الحديثة وتسعى الانسانية في عصرنا الحاضر سعياً حثيثاً لتحقيقه، حتى كاد يكون ميزة هذا العصر عن غيره من العصور.

هذا وتشمل أحكام النفقات في الفقه الإسلامي الفئات التالية:

١- الزوجة، ٢- الأولاد والأحفاد، ٣- الآباء والأجداد، ٤- الأمهات والجدات، ٥- الأقرباء من الحواشي، ٦- الأرقاء، ٧- الحيوان، ٨- النباتات والزرع، ٩- الدور والأراضي.

واقتصر قانوننا على ذكر أحكام الفئات الخمس الأولى، لأنها هي المتصلة بأحكام الزواج والأسرة، أما أحكام الفئات الأخرى فيرجع إليها في كتب الفقه. وقد ذكرنا خلاصتها في آخر هذا البحث.

آراء المذاهب في نفقة الأقرباء:

ونرى من المفيد أن نذكر مبادئ المذاهب الأربعة في مدى شمول النفقة الواجبة بالنسبة للأقرباء، قبل أن نذكر أحكامهم بالتفصيل.

١ - مذهب مالك أن النفقة الواجبة هي للأبوين والأبناء فحسب.

٢ - مذهب الشافعي أن النفقة الواجبة هي للأصول والفروع فحسب.

٣ ـ مذهب أبي حنيفة أن النفقة الواجبة هي للأصول والفروع والحواشي من ذوي الرحم المحرم.

٤ ـ مذهب أحمد أن النفقة الواجبة هي للأصول والفروع الوارثين من الأقرباء مطلقاً.

ومن هذا يتضح أن مذهب أحمد أوسع هذه المذاهب شمولاً بالنسبة للأقرباء.

المجمع على وجوب نفقتهم:

ومن الآراء الاجتهادية نجد أن هنالك ثلاث فئات من الأقرباء قد أجمعت المذاهب على وجوب نفقتها، وهي:

١ـ الولد الصغير، ذكراً كان أم أنثى، والأنثى البالغة حتى تتزوج، والابن الكبير العاجز عن الكسب لآفة، فتجب نفقتهم ـ إذا لم يكن لهم مال ـ على أبيهم ولو كان معسراً؟

٢ـ الأب، فالإجماع على وجوب نفقته إذا كان معسراً، على ولده إذا كان موسراً.

٣ـ الأم، فالإجماع على وجوب نفقتها إذا كانت معسرة، على ولدها إذا كان موسراً.

ويضاف إلى ذلك:

٤ـ الزوجة، فالإجماع منعقد على أن نفقتها واجبة على الزوج الموسر ولو كانت موسرة، والجمهور على وجوب نفقتها إذا كانت موسرة، على الزوج المعسر، وخالف في ذلك ابن حزم فقال: يجب عليها أن تنفق على الزوج إذا كانت موسرة وهو معسر، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر، لأن الله تعالى يقول: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ والزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن[1].

ونحن نحب أن نلفت أنظار المشرعين إلى هذا الرأي الخطير، ونستحسن الأخذ به، خصوصاً والحياة الزوجية حياة مشتركة ترتبط فيها سعادة الزوجة

---

(١) المحلى: ١٠/ ٩٢.

وأولادها بسعادة الزوج وكرامته، والله تعالى فرض على الزوجين المعاشرة بالمعروف، وليس من المعروف أن يلزم بنفقتها ويرزح تحت أعباء العسر والضيق، بينما هي موسرة تنعم بالمال والثراء، والله تعالى يقول: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ ولا يشك أحد في أن معونة الموسر للمعسر ـ ولو كان غريباً ـ من أقرب القربات وأكرم أنواع البر، فكيف إذا كان زوجاً افتقر بعد غنى، وأعسر بعد يسر؟!

هذا والحياة الاجتماعية التي نحياها اليوم تحتم أن ننظر إلى الأسرة ـ الزوج والزوجة والأولاد ـ كوحدة متماسكة، وهي نظرة من صميم الحياة الزوجية في الإسلام ومن أبرز خصائصها، لهذا نرجح رأي ابن حزم وندعو إلى اعتماده.

شروط النفقة:

يشترط لوجوب النفقة ثلاثة شروط:

أولاً: أن يكون الذي تجب له النفقة فقيراً غير قادر على الكسب إن كان ذكراً بالغاً، ويستثنى الأب من شرط عدم القدرة على الكسب، وسيأتي تفصيل القول فيه.

ثانيا: أن يكون الذي تجب عليه النفقة موسراً، ويستثنى من هذا الشرط الأب، فنفقة أولاده تجب عليه ولو كان معسراً كما سيأتي، وكذلك الزوج فنفقة زوجته واجبة عليه ولو كان معسراً كما تقدم.

ثالثاً: أن يكون المنفق قريباً للمنفق عليه ذا رحم محرم منه، مستحقاً للارث منه، وهذا عند أبي حنيفة، أما عند أحمد فيشترط أن يكون قريباً ـ ولو كان غير محرم ـ وارثاً له بفرض أو تعصيب.

إتحاد الدين:

يشترط إتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه، فيما عدا الفئات الثلاث التالية:

١ـ الأصول وهم الآباء والأجداد وإن علو، فتجب على الولد المسلم نفقة أبيه المسيحي، وبالعكس، ومن كان له ولدان أحدهما مسلم والآخر مسيحي فنفقته عليهما على السواء.

٢ـ الفروع وهم الأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا، فيجب على الأب المسيحي نفقة ولده المسلم وبالعكس.

٣ـ الزوجة وقد تقدم هذا الحكم في بحث النفقة الزوجية.

أما من عدا هذه الفئات، فيشترط إتحاد الدين بينهما، فلا تجب على الأخ المسلم الموسر نفقة أخيه المسيحي المعسر، وإذا كان للأخ المسلم المعسر أخوان موسران أحدهما مسلم والآخر مسيحي، فنفقته على المسلم فقط.

واشتراط إتحاد الدين فيما عدا الفئات الثلاث، هو قول المذاهب الاجتهادية التي توجب النفقة لغير الأصول والفروع من الأقرباء، أما عدم اشتراط ذلك في الزوجة فعليه الإجماع لا نعلم فيه مخالفاً. وأما عدم اشتراطه في الآباء أو الأصول وفي الأبناء أو الفروع فهو قول الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة ومالك والشافعي، وعن أحمد روايتان إحداهما كالجمهور والأخرى يشترط اتحاد الدين أيضاً، وهي تنسجم مع مذهبه في اشتراط الإرث لنفقة الأقارب مطلقاً، ولا إرث مع اختلاف الدين، ويظهر أن هذه الرواية هي المعتمدة في المذهب الحنبلي[١].

والحكمة في إيجاب النفقة مع اختلاف الدين في الأصول والفروع دون غيرهما من الأقرباء أن النفقة فيها تجب للجزئية وهي لا تختلف باختلاف الدين.

حد اليسار:

الغنى واليسار مطلقاً عند فقهاء الحنفية ثلاثة أنواع:

١ـ غنى تجب معه الزكاة، وهو أن يملك الإنسان مالاً نامياً تجب فيه الزكاة كعشرين مثقالاً من الذهب أو مائتي درهم من الفضة أو غيرهما من أنصبة الزكاة، بشرط أن يكون فاضلاً عن نفقته ونفقة عائلته وحوائجه الضرورية فمثل هذا تجب عليه الزكاة بشروطها.

٢ـ غنى لا تحل معه الصدقة، وهو أن يملك من الأمتعة أو الأشياء ما يزيد عن حوائجه الضرورية مما يقوم بمائتي درهم من الفضة أو عشرين مثقالاً من الذهب، فمثل هذا تحرم عليه الصدقة، ولا تجب الزكاة، وتجب عليه صدقة الفطر والأضحية. ومثلوا له بأن تكون له ثياب وفرش ودور وحوانيت ودواب زيادة على ما يحتاج إليه، للابتذال (أي لاستعماله الشخصي) لا للتجارة.

٣ـ غنى يحرم معه السؤال. وهو أن يملك قوت يومه وما يستر به عورته،

---

(١) انظر: المغني والشرح الكبير، ٢٥٩/٩.

فمثل هذا يحرم عليه السؤال، ولكن لا يحرم عليه أخذ الصدقة، ولا يحرم دفعها إليه من غير سؤال[١].

أما اليسار المطلوب في أحكام النفقات ففيه ثلاثة أقوال مختارة:

١ـ أن يملك نصاب الزكاة، وهذا قول أبي يوسف، لأن النفقة تجب على الموسر، ولا حد لنهاية اليسار، فيقدر ببدايته وهو نصاب الزكاة.

٢ـ أن يملك نصاب حرمان الصدقة، وقد اختار هذا القول عدد من فقهاء الحنفية[٢].

٣ـ التفريق بين صاحب الغلة (أي المورد الثابت) وبين صاحب الحرفة:

أـ فإن كان صاحب غلة فيقدر يساره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر[٣] فينفق منه على القريب، فإذا نفد ما فضل عنه لم يجب عليه الإنفاق.

ب ـ وإن كان صاحب حرفة فيقدر يساره بما يفضل عن نفقته وعياله من كسبه اليومي، حتى لو كان كسبه في اليوم درهماً، وهو يكفيه نصفه، وجب أن يدفع نصفه الثاني للقريب المعسر.

وهذا هو معنى روايتين عن محمد، واختاره المحقق الكمال بن الهمام وغيره.

ونحن نرى أن القول الأخير أوفق لزماننا، فإن ملك النصاب الآن لا يعتبر غنى يوجب الإنفاق على الغير بالنسبة لحياتنا الاجتماعية، وقل أن تجد عاملاً مكتسباً لا يدخر نصاب الزكاة، أو لا يكون عنده من الأمتعة والحاجيات ما يعادل ذلك، ولا يعتبر مثله موسراً تجب عليه نفقة أقربائه المعسرين[٤].

---

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي: ١/ ٤٦٧ وهو من مطبوعات كلية الشريعة في جامعة دمشق، حققه وعلق عليه ونشره لأول مرة الدكتور محمد زكي عبد البر القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية والأستاذ المنتدب لتدريس الفقه والقانون المدني بكلية الشريعة في جامعة دمشق سابقاً.

(٢) منهم المرغيناني صاحب الهداية ووافقه كثير من بعده. انظر «الهداية: ٤/ ٢٢٦».

(٣) لا ينبغي أن يفهم هذا على إطلاقه بل هو مقيد بما إذا كانت غلته شهرية، فإن كانت غلته سنوية وجب أن يقدر اليسار بما يفضل عن نفقة سنة.

(٤) وقد مال إلى ما روي عن محمد، شمس الأئمة السرخسي، وفي التحفة إنه أرفق، وقال صاحب البدائع: إنه الأوفق لأنه إذا كان كسباً دائماً وهو غير محتاج إلى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال «٤/ ٣٥».

هذا هو حد اليسار فيمن تجب عليه النفقة، أما من تجب له النفقة فقد رأينا في شروط وجوبها أنه يشترط لاستحقاقها صفتان: الفقر والعجز عن الاكتساب وسنذكر فيما يلي حد كل منهما:

الفقر أو الإعسار:

في حدّ الفقير المعسر رأيان: أحدهما أنه الذي لا تجب عليه الزكاة ويحل له أخذ الصدقة، والثاني أنه هو المحتاج[1]، وربما كان معنى القولين متقارباً.

وقد ذكروا فيمن يملك منزلاً روايتين:

١ـ **أولاهما**: أنه لا يستحق على قريبه الموسر النفقة، حتى لو كانت أختاً لا يؤمر الأخ بإنفاقه عليها، وكذلك إذا كانت بنتاً له أو أماً، لأن النفقة لا تجب لغير المحتاج، ومثل هؤلاء غير محتاج، لأنه يمكنه الاكتفاء بالأدنى بأن يبيع بعض المنزل أو كله ويكتري منزلاً.

٢ـ **ثانيتهما**: أنه لا يستحق النفقة ولا يجبر على بيع المنزل أو بعضه «لأن بيع المنزل لا يقع إلا نادراً» ولا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك، قال صاحب البدائع: وهذا هو الصواب، أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالإنفاق عليه، ألا ترى أنه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل[2].

ومن هذا النص وما قدمناه عن «تحفة الفقهاء» في حد اليسار، نعلم المستوى اللائق للمعيشة وضروراتها في نظر فقهاء الإسلام، ويجب أن يكون تحقيق هذا المستوى هدفاً من أهداف نهضتنا الحاضرة، وإلى أن يتحقق هذا الهدف فنحن نرى ـ نظراً لأوضاعنا الاجتماعية الراهنة ـ الأخذ بالرواية الأولى.

هذا ويدخل في حد الفقر أن يكتسب ما ليس يكفيه لنفقة نفسه وعياله، فيجب على قريبه الموسر أن يكمل له النفقة التي يحتاج إليها[3].

---

(١) البدائع: ٤/ ٣٤.

(٢) البدائع: ٤/ ٣٤.

(٣) قال ابن عابدين رحمه الله: ولو قدر على اكتساب ما لا يكفيه فعلى أبيه تكميل الكفاية «رد المحتار ٢/ ٦٧٢».

العجز عن الكسب:

هو أن لا يستطيع الإنسان اكتساب معيشة بالوسائل المشروعة المعتادة، ولهذا العجز مظان اعتبر الشارع وجودها دليلاً على تحققه في الإنسان. فيعتبر عاجزاً من كانت فيه إحدى الصفات التالية: .

١ ـ الصغر بحيث لا يبلغ حد الاكتساب.

٢ ـ الأنوثة، سواء كانت الأنثى صغيرة أو كبيرة.

٣ ـ الجنون أو العته ولو كان المجنون أو المعتوه قادراً على الاكتساب.

٤ ـ الآفة المرضية التي تحول دون العمل، مثل العمى والشلل والزمانة(١).

٥ ـ عدم تيسر الكسب لبطالة أو غيرها.

القدرة على الاكتساب غنى:

أما القادر على الاكتساب فلا تجب نفقته ولو لم يكن له مال، لأنه يستطيع أن يكتسب فينفق على نفسه، ونصوص الشريعة صريحة في هذا المعنى.

وقد استثنى الفقهاء بعض الفئات من هذا الحكم، وهم:

أ ـ الأب الفقير: فتجب نفقته ولو كان قادراً على الاكتساب، كما سيأتي شرحه في أحكام نفقة الأب.

ب ـ طلبة العلم: فقد ذهب جمهور فقهاء الحنفية(٢) ـ وخاصة متقدميهم ـ إلى أن طالب العلم لا يكلف بالاكتساب للإنفاق على نفسه(٣)، لأن طلب العلم

---

(١) قال في المصباح المنير: زمن الشخص زمناً وزمانة فهو زمن من باب تعب، وهو مرض يدوم زماناً طويلاً.

(٢) ونص فقهاء الشافعية على ذلك أيضاً قال البجيرمي في حاشيته على الخطيب: «ومثله ما لو كان له كسب يليق به ولكنه كان مشتغلاً بالعلم والكسب يمنعه، وهذا إذا كان له ذكاء بحيث يحصل منه علم «التحفة على الإقناع: ٤/٦٧».

(٣) قد تجد في عبارات بعض الفقهاء تقييداً لهذا الحكم، فقد قال الكمال بن الهمام: «وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون للكسب فنفقتهم على آبائهم» «الفتح: /٢١٧» وقال زين الدين بن نجيم: «وكذا طالب علم لا يتفرغ لذلك» «البحر: ٤/٢٢٨» وليس هذا بقيد في عصرنا الحاضر، فقد كان يطلق وصف «طالب العلم» على الشاب منذ يأخذ سبيله إلى حلقات العلماء حتى يشتهر بالعلم وتصبح له حلقة خاصة. ولم يكن في =

في نظر الشريعة مفروض في بعض الحالات، ومندوب في بعضها، وهو على العموم فرض كفاية، فلو ألزم طلبة العلم بالاكتساب لتعطل سير نهضة الأمة وفاتها كثير من المصالح.

هذا وقد أفتى بعض الفقهاء المتأخرين بعدم استثناء طلبة العلم من وجوب الاكتساب، وفرق آخرون بين ذوي الاستقامة والجد في طلب العلم النافع فلا يكلفون بالاكتساب؛ وبين غيرهم فيكلفون، والناظر في أقوال المختلفين في هذه المسألة يجد أن الموضوع ليس نزاعاً في المبدأ الذي ذهب إليه الجمهور، وإنما هو شيء من أوضاع كانت قائمة في عصورهم ولم يعد لها وجود الآن[1].

نعم إن الذين ينتسبون إلى المعاهد العلمية ثم يركنون إلى اللهو والبطالة، ليجبروا آباءهم على الإنفاق عليهم، وهم منغمسون في العبث والفساد، دون أن يستفيدوا علماً أو ثقافة نافعة للأمة، كما يقع لبعض الذين يذهبون إلى ديار الغرب باسم التعلم في معاهدها، فهؤلاء ينطبق عليهم القول بعدم وجوب نفقتهم.

= أيامهم مراحل للدراسة ينال الطالب في نهايتها إجازة علمية كما هو الشأن اليوم، ولذلك فمن يطلق عليه في عصرنا وصف «الطالب» أو «التلميذ» قبل نواله الإجازة العلمية تجب نفقته من غير تقييد بعدم اهتدائه إلى الكسب أو تفرغه لذلك، لأنه في هذه الحالة لا يستطيع التفرغ للكسب خلال الدراسة، ولا يمكنه ذلك على وجه يحصل به العلم المؤدي إلى النجاح والفائدة المرجوة وخاصة في بلادنا.

(١) وإليك شيئاً من أقوالهم ليتضح لك الموضوع، قال صاحب البحر نقلاً عن القنية: والظاهر أن أبا حامد لم يخف عليه قول السلف بوجوب نفقة طالب العلم على الأب، لكنه أفتى بعدم وجوبها لفساد أحوال أكثر طلبة العلم، فإن من كان منهم حسن السيرة مشتغلاً بالعلوم النافعة يجبر الآباء على الإنفاق عليهم، وإنما يطالبهم فساق المبتدعة الذين شرهم أكثر من خيرهم، يحضرون الدروس ساعة بخلافيات ركيكة ضررها في الدين أكثر من نفعها ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والغيبة والوقوع في الناس، ولو علم السلف بسيرتهم لحرموا الإنفاق عليهم ومن كان بخلافهم فهو نادر في هذا الزمان اهـ.

قلت «أي صاحب القنية»: لكن ترى طلبة العلم بعد الفتنة العامة ـ فتنة التتار ـ التي ذهب بها أكثر العلماء والمتعلمين، ترى المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هما قواعد الدين وأصول كلام العرب يمنعهم الاشتغال بالكسب عن التحصيل ويؤدي ذلك إلى ضياع العلم، فكان المختار الآن قول السلف، وهفوات البعض لا تمنع وجوب النفقة «البحر: ٤/٢٢٨».

جـ ـ أبناء الأشراف والبيوتات: فقد ذكر أكثر الفقهاء ـ وخاصة فقهاء الحنفية ـ أن أبناء الأشراف وذوي الحسب يستحقون النفقة ولو كانوا قادرين على الكسب، وعللوا ذلك بأن الكسب يلحق بهم عاراً لوجاهتهم وشرفهم، وقيد بعضهم هذا الحكم بما إذا كانوا لا يجدون من يستأجرهم[1].

وهذا الحكم قد تكون له مبرراته في العصور المتأخرة، حيث اضطرب النظام الاجتماعي، وابتعد الناس عن تعاليم الشريعة. وعملوا بمقاييس الجاهلية التي تسود دائماً في المجتمعات المتفسخة، مع أن مبادئ الشريعة لا تجيز هذه المقاييس، فهي تحتم العمل على كل قادر عليه، ولا فرق عندها بين شريف وغير شريف، وليس في الإسلام شريف لا يعمل، وغير شريف يعمل، والناس جميعاً سواسية، أكرمهم عند الله أتقاهم وأنفعهم للناس، والنصوص التشريعية التي توجب العمل على كل مقتدر، وتحرم السؤال عليه، هي نصوص عامة لا تستثني أحداً، وقد رغب رسول الله ﷺ في العمل، وقال: «**إن أفضل الكسب كسب الرجل من يده**»[2]، وقد كان الصحابة جميعاً يعملون ويكتسبون، ولم تعرف هذه الطبقية في عصور أمتنا الزاهرة، وإنما عرفت بعدما دب الخلل إلى جسم المجتمع وانتشرت فيه التقاليد الأعجمية[3].

على أن هذا الموضوع لم يعد قابلاً للبحث والمناقشة في عصرنا الحاضر، إذ ليس في المجتمع إنسان مهما علا شأنه ـ ولو كان رئيساً أو وزيراً سابقاً ـ لا يجد

---

(١) فتح القدير: ٤/ ٢١٧.
(٢) رواه الإمام أحمد.

(٣) نقل ابن عابدين اعتراض الرحمتي على قول الفقهاء بلزوم نفقة أبناء البيوتات بما خلاصته: إن الكسب لمؤونته ومؤونة عياله فرض، فكيف يكون عاراً؟ وقد كان علي سيد العرب «رضي الله عنه» يؤجر نفسه، والصديق رضي الله عنه بعد أن بويع بالخلافة حمل أثواباً وقصد السوق فردوه، وفرض له بيت المال ما يكفيه وأهله، ثم قال الرحمتي: وأي فضل لبيوت تحمل أهلها أن يكونوا كلا «أي عالة» على الناس؟ وهذا كما ترى كلام بروح الشريعة وقانونها الحي، ولكن ابن عابدين رحمه الله يجيب عن ذلك بروح الواقع الاجتماعي السيء الذي كان يعيش فيه فيقول: لا يخفى أن ذلك لم يكن عاراً في زمن الصحابة بل يعدونه فخراً، بخلاف من بعدهم، ألا ترى أن الخليفة بل من دونه في زماننا لو فعل كذلك لسقط من أعين رعيته فضلاً عن أعدائه.. إلى أن يقول: فحيث كان الكسب عاراً كما لو كان ابناً أو أخاً للأمير أو القاضي مثلاً، تجب له النفقة بشروطها (رد المحتار: ٢/ ٦٨١) وهذا كلام لا حياة فيه، فلا ينهض رداً على كلام رجل الشريعة النابض بالحياة!.

العمل الذي يعيش منه كريماً شريفاً، ففي إدارة الشركات والمؤسسات التجارية وفي مختلف الميادين الصناعية والزراعية والعلمية، وفي مختلف دوائر الدولة ما يتسع للكفاءات العلمية والفنية، أما العاطلون عن كل موهبة، الذين عجزوا عن أن يتعلموا أو يعملوا، فمأواهم دور الأمراض العقلية أو النفسية، ولو كانوا من أبناء البيوتات! . .

د ـ الأخرق:

الأخرق هو الذي لا يتقن صنعة يكتسب منها، وقد ألحقه الفقهاء بالعجزة كالزمن والأعمى في استحقاقه للنفقة[١]. ولا يخفى أن هذا لا يمكن القول به في عصرنا الحاضر، فقد تعددت ميادين الأعمال، ولم يعد الكسب مقتصراً على المهنة اليدوية فحسب كما كان سابقاً، بل كل إنسان يستطيع العمل، وبخاصة إذا كان متعلماً.

حكم البطالة:

بقي ما إذا كان قادراً على الكسب ولكنه لا يجد عملاً، أما الحالات عامة أو خاصة، فالحالات العامة كتوقف المصانع عن الإنتاج مما يضطرها لتسريح عمالها، والحالات الخاصة كالأزمات التي تقع في بلد معين حيث يصاب بالقحط أو كساد التجارة والصناعة، فلا يجد العامل عملاً يكسب به قوته، أو الأزمة التي تقع لمهنة معينة، حيث يكثر محترفوها، ويضيق مجال الاكتساب بها أمامهم، ولا يجدون عملاً آخر يكتسبون به.

مثل هؤلاء هل يستحقون النفقة في تلك الأحوال؟ نعم! لأنهم عاجزون عن الكسب كذوي العاهات، وقد رأينا كيف استثنى الفقهاء فئات قادرة على العمل من وجوب الاكتساب لأنها عاجزة عنه حكماً، كأبناء البيوتات، لأنهم **لا يجدون من يستأجرهم**، وكطلبة العلم، لأنهم لا يستطيعون التفرغ، وكالخرقى الذين لا يتقنون مهنة يكتسبون بها، ولا شك في أن العمال في حالات البطالة لا يجدون من يستأجرهم، فيدخلون في عداد تلك الفئات في العذر الموجب للنفقة، لأن معنى العجز عن الاكتساب ليس قاصراً على العجز الجسمي فحسب، بل هو شامل

---

(١) الدر وحاشيته: ٥/ ٦٨١.

للعجز الحكمي، وهذا هو صريح عبارات الفقهاء، كما نقلنا ذلك عنهم[1]، وإنما لم ينصوا على حالة البطالة العامة أو الخاصة، لأنها لم تكن تقع في العصور الماضية ـ إلا في حالات نادرة كالأوبئة والمجاعة، ولا خلاف في وجوب النفقة حينئذ على كل مواطن موسر، ـ لا على الأقرباء فحسب ـ وأيضاً فقد كانت المعيشة من اليسر وقلة التكاليف بحيث لا يعجز إنسان قادر على العمل عن أن يجد ما يكتسب الحد الأدنى لمعيشته، أما في عصرنا الحاضر فقد نشأت بعد اختراع الآلة وانتشار الصناعة ظروف اقتصادية، كثيراً ما أدت إلى أزمات عامة تشمل بلاداً بأكملها، كما نشأ من انتقال أبناء الريف إلى المدن أفواجاً كثيرة، أزمات في أوساط عمال المدن جعلت كثيرين منهم يتوقفون عن العمل فترة من الزمن.

ففي مثل هذه الحالات العامة والخاصة تجب نفقة الفقراء المتعطلين منهم عن العمل على أقربائهم الموسرين.

أما بالنسبة للولد خاصة، فإن الإمام أحمد يرى ـ أن نفقته إن كان فقيراً ـ تجب على أبيه ولو كان الولد كبيراً صحيح الجسم[2]، فهو في حالة البطالة التي نتحدث عنها يستحق النفقة على أبيه في الاجتهادين الحنفي والحنبلي قولاً واحداً.

قاعدة عامة فيمن يستحق النفقة:

وخلاصة القول في قاعدة استحقاق النفقة: إن النفقة لا تجب لذي المال ما عدا الزوجة ولا للقادر على الكسب الذي يكفيه ـ ما عدا الأب ـ وإنما تجب لكل فقير صغير أو أنثى عاجز عن الكسب لأمر خارج عن إرادته، كمرض وشيخوخة وجنون وبطالة، أو لانصرافه إلى طلب العلم.

ما هي النفقة الواجبة:

تجب نفقة الفقير بأنواعها الثلاثة من طعام ولباس وسكن، وذلك في حدود

(١) قال صاحب الاختيار: إن شرط وجوب نفقة الكبير، العجز عن الكسب حقيقة كالزمن والأعمى أو معنى كمن به خرق (انظر الاختيار شرح المختار: ٢/٢٤٨) وقال الكمال بن الهمام: وإذا لم يف كسبه (أي الأب) بحاجتهم، أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب (انظر فتح القدير: ٤/٢١٧).

(٢) في حواشي المقنع لابن قدامة: شمل قوله وأولاده وإن نزلوا، أولاده الكبار الأصحاء الأقوياء إذا كانوا فقراء وهو «الأب» صحيح (انظر المقنع وحواشيه: ٣/٣١٩).

المعروف والكفاية، أخذاً من قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]. ومن قوله عليه السلام لهند زوجة أبي سفيان: «**خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[١].

ومن النفقة «الاخدام» إذا كان الفقير محتاجاً إلى خادم كأب كبير أو مريض[٢].

ومنها نفقات المرض من أجرة الطبيب والمستشفى وثمن الدواء وما يتعلق بذلك[٣].

ومنها نفقة أولاد الفقير المستحق للنفقة، لأنه مكلف بالإنفاق عليهم فإذا عجز عن ذلك، وجبت نفقتهم على الأقرباء كنفقة[٤]، وهذا بخلاف ما إذا كان الأب قادراً على الكسب ولكنه معسر، فإن نفقة أولاده تبقى واجبة عليه، ويكلف من تجب عليه نفقتهم ـ عند عدمه ـ أن ينفق عليهم ويكون ذلك ديناً على الأب، يرجع به عليه إذا يسر.

هل التزويج من النفقة الواجبة؟

إذا كان الفقير المستحق للنفقة راغباً في الزواج، فهل يجب تزويجه على قريبه الموسر؟

في المذهب الحنفي أن الأب لا يلزمه تزويج ابنه الفقير، وأما الابن فيلزمه تزويج أبيه ولو لم يكن محتاجاً للخدمة، وقيل لا يلزم إلا إذا كان محتاجاً[٥].

وفي المذهب الحنبلي أن كل من تلزمه نفقته ولو كان أخاً أو عماً أو غيرهما من الأقرباء يجب تزويجه عند الحاجة[٦].

وفي المذهب الشافعي رأيان بالنسبة لتزويج الأب، وأما الابن فالمذهب أنه

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) شرح نفقات الخصاف للصدر الشهيد ص٣٣.

(٣) الخطيب على أبي شجاع: ٤/ ٦٧ وقال ابن عابدين: ولم أر من ذكر أجرة الطبيب وثمن الأدوية (رد المحتار: ٢/ ٦٧٠) ولكن قواعد الحنفية لا تأباه وإن لم يجعلوا ذلك من النفقة الواجبة للزوجة.

(٤) نفقات الخصاف ص ٣٢.

(٥) ابن عابدين ٢/ ٦١٣.

(٦) المغني، والشرح الكبير: ٩/ ٢٦٤.

لا يجب، وقال بعض أصحاب الشافعي يجب[1].

وإذا اجتمع الأب والجد ولا يمكنه إلا تزويج واحد منهما، فأيهما يزوج؟ الأب أولى بالتزويج، فيقدم على الجد[2].

وكل من قال بوجوب التزويج، سواء للأب أو الابن، اتفقوا على أنه لا يجوز أن يزوجه عجوزاً ولا قبيحة، لأن الإعفاف لا يحصل بواحدة منهما[3]

وإذا عين الأب امرأة وعين الابن أخرى وكان مهرهما واحداً قدم تعيين الأب، لأن الزواج له والمؤونة واحدة فيقدم قوله، وإذا اختلفا في المهر لم يلزم الابن الأكثر[4].

نفقة زوجة الابن:

لا تجب على الأب نفقة زوجة ابنه إلا في ثلاث حالات[5].

١ ـ أن يكون الأب قد تكفل بنفقة الزوجة.

٢ ـ أن يكون زوجها الفقير غائباً ولا مال له.

٣ ـ أن يكون زوجها محتاجاً إليها لمرضه أو عاهته.

نفقة زوجة الأب:

وأما نفقة زوجة الأب ففيها قولان في الاجتهاد الحنفي: أحدهما تجب نفقته مطلقاً.

والثاني أنها لا تجب إلا إذا كان الأب مريضاً أو زمناً يحتاج إلى الخدمة فإن كان صحيحاً فلا[6].

وإن كان للأب أكثر من زوجة لم يجب على الابن إلا نفقة زوجة واحدة،

---

(١) المغني: ٩/ ٢٦٤ وفي حاشية البرلسي على المنهاج أن التزويج لازم للأب أو الابن إذا لزم إعفافه بها ـ ٤/ ٨٤ ـ.

(٢) المغني، والشرح الكبير: ٩/ ٢٦٩.

(٣) المصدر السابق: ٩/ ٢٦٣.

(٤) المغني والشرح لكبير.

(٥) في الحالتين الأوليين، إذا كان الابن قادراً على الاكتساب، يرجع الأب على ابنه بما أنفق على زوجته إذا أيسر.

(٦) فتح القدير: ٤/ ٢٢٣.

والأب يقسمها على زوجاته[1]. وقد تقدم أن الاجتهاد الحنبلي يذهب إلى أن من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته.

هل تتوقف النفقة على القضاء:

نفقة الأصول والفروع تجب من غير حاجة إلى قضاء القاضي[2] إلا أنه إذا كان لأولاده الصغار مال غائب وجبت النفقة على الأب، فإذا أراد أن يرجع عليها بما أنفق، يجب أخذ إذن القاضي بالنفقة، فلو أنفق بغير إذنه ليس له الرجوع قضاءً وله ذلك ديانة. إلا إذا أشهد أنه أنفق ليرجع عليهم فله ذلك قضاءً أو ديانة[3].

ونفقة الأقرباء ـ غير الأصول والفروع ـ لا تثبت إلا بالقضاء أو الرضا[4].

وإذا كان للغائب مال عند أبويه وهما محتاجان، كان لهما أن يأخذا حاجتهما من ماله إذا كان من جنس حقهما كالدراهم والدنانير والطعام والكسوة، ولا حاجة في ذلك إلى القضاء، ولا ضمان عليهما فيما أخذا لانهما استوفيا حقهما، لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء وقد أخذا جنس الحق، وكذلك الزوجة والولد إذا قدر كل منهما على جنس حقه في النفقة، جاز له أن ينفقه على نفسه إذا احتاج[5] والقاعدة في ذلك أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من تجب عليه النفقة، جاز له أن يأخذها إذا قدر عليها من جنس حقه، من غير قضاء، وإن كانت من غير جنس حقه كالعروض فلا يأخذها إلا بإذن القاضي[6].

وإذا أمر القاضي أمَّ الصبي بالاستدانة للإنفاق عليه، تستدين ثم ترجع على الأب إذا أيسر، فإن مات الأب قبل رجوعها بما استدانت تؤخذ من تركته على الصحيح[7].

هل يقضى بالنفقة على الغائب:

الأصل في الاجتهاد الحنفي أنه لا يجوز القضاء على الغائب حتى يحضر، إلا في حالات خاصة، منها أن يقضى بالنفقة في مال الغائب للزوجة والوالدين والولد الصغير والإناث والكبار العاجزين عن الكسب، وإذا كان المال حاضراً عند

---

(1) ابن عابدين: ٣/ ٦٧٣.
(2) البدائع: ٤/ ٣٥.
(3) الفتح: ٤/ ٢١٧.
(4) رد المحتار: ٢/ ٦٨١.
(5) المصدر السابق: ٢/ ٦٧٧.
(6) الفتح: ٤/ ٢٢٧.
(7) شرح نفقات الخصاف للصدر الشهيد ص ٨.

هؤلاء فللقاضي أن يأمرهم بالإنفاق من مال الغائب، لأن نفقتهم واجبة من غير قضاء، فكان الأمر بالإنفاق إعانة لهم لا قضاءاً، ومثل ذلك ما إذا كان مال من تستحق عليه النفقة وديعة عند إنسان وأقرّ بها، أو ديناً على إنسان واعترف به، أمرهم القاضي بالإنفاق من الوديعة أو الدين[1]

متى تسقط النفقة:

نفقة الأصول والفروع والأقرباء تجب على وجه لا تصير به ديناً في الذمة، سواء فرضها القاضي أم لا، بخلاف نفقة الزوجة فإنها تجب على وجه تصير به ديناً في الذمة فلا تسقط بمضي الوقت[2]. وعلى هذا تسقط النفقة في حالتين:

١ ـ **مضي الوقت**، فإذا قضى القاضي بالنفقة للولد أو الوالدين أو غيرهم عن شهر مثلاً، ثم انقضى الشهر ولم يقبضها المستحق للنفقة، سقطت ولا يملك المطالبة بها، لأن نفقة الأقرباء تجب سداً للحاجة ـ ولذلك لا تجب للموسرين ـ فحيث مضت المدة ولم يقبضها دل على أنه غير محتاج إليها في تلك المدة، بخلاف نفقة الزوجة، فإنها لا تسقط بمضي المدة، لأنها لا تجب للحاجة، بل جزاء الاحتباس، ولهذا تجب ولو كانت موسرة.

ويستثنى من هذا الحكم، ما إذا أمر القاضي المستحق للنفقة بالاستدانة فاستدان، فإن مضي المدة لا يسقط النفقة حينئذ، لأن عدم قبض النفقة لا يكون دليل الاستغناء عنها[3].

٢ ـ **إذا اكتسب من تجب له النفقة سقطت نفقته ولو كان زمِناً أو أنثى**، ولهذا قالوا: إذا استغنت الأنثى بنحو خياطة مثلاً، تكون نفقتها في كسبها، إلا إذا كان لا يكفيها فتكمل له النفقة، وكذلك لو اكتسب الأعمى وأمثاله بحرفة سقطت نفقتهم[4].

---

(١) البدائع: ٤/ ٣٧.
(٢) المصدر السابق: ٤/ ٣٨.
(٣) الدر المختار: ٢/ ٦٧٥.
(٤) ابن عابدين: ٤/ ٦٨١ وعبارته: فإن قلت: إن من ذكر «أي من ذوي العاهات» قد يكتسب، فالأعمى يقدر على العمل بالدولاب، ومقطوع اليدين على درس العنب برجليه أو الحراسة. قلنا: إن اكتسب بذلك واستغنى عن الإنفاق فلا وجوب وإلا فلا يكلف لأن هذه الأعذار تمنع من الكسب عادة فلا يكلف به.

تعدد المستحقين للنفقة:

إذا تعدد المستحقون للنفقة وليس هناك إلا واحد تجب عليه النفقة، فإن وفى ماله بحاجتهم وجب عليه أن ينفق عليهم جميعاً، وإن ضاق ماله عن نفقتهم بدأ بنفسه ثم بولده ـ الصغير والأنثى والكبير العاجز ـ ثم بزوجته، وقيل تقدم الزوجة على الولد، ثم بالأم ثم بالأب، وقيل يقدم الأب، وقيل يشتركان.

والأصل في ذلك ما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله! عندي دينار، فقال عليه الصلاة والسلام: **«تصدق به على نفسك»**، فقال الرجل: عندي دينار آخر، فقال له الرسول: **«تصدق به على زوجتك»**، فقال الرجل: عندي دينار آخر، فقال له الرسول: **«تصدق به على ولدك»** ـ وفي رواية أخرى تقديم الولد على الزوجة ـ فقال الرجل: عندي دينار آخر، فقال له الرسول: **«تصدق به على خادمك»**، فقال الرجل: عندي دينار آخر، فقال له الرسول: **«أنت أبصر به»**[1].

وفي حديث آخر أن النبي ﷺ قال: **«ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل شيء فلذي قرابتك فإن فضل شيء عن ذي قرابتك، فهكذا وهكذا»**[2] **ـ أي وزعه في الناس كيف شئت ـ.**

وإذا كان الذين تجب عليهم النفقة أكثر من واحد قسمت عليهم النفقة الواجبة بحسب حصصهم الإرثية، كما سيأتي معنا في الأحكام التفصيلية.

الامتناع عن النفقة:

إذا امتنع من تجب عليه النفقة عن الإنفاق على قريبه المستحق لها، وأصر على الامتناع، يحبس ولو كان أباً، ولئن كان حبس الأب إيذاءً له ـ وإيذاؤه حرام ـ إلا أنه يجب أن يحمل هذا القدر من الإيذاء صيانة لولده عن الهلاك، عملاً بالقاعدة العامة: يتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما.

وإذا كان الأب يحبس لامتناعه عن الإنفاق، فغيره أولى بالحبس للنفقة، لأن الأب لا يحبس في دين ولده إلا في النفقة، بينما يحبس غيره في الدين[3].

---

(١) رواه أحمد والنسائي وأبو داود.

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي.

(٣) البدائع ٤/٣٨، وابن عابدين ٢/٦٨٣، وانظر أيضاً: ٤/٣١٣ أحكام حبس المدين.

هذا وقد نص قانون أصول المحاكمات المعمول به في سورية، على الحبس للنفقة، وهذا اللفظ بعمومه يشمل جميع النفقات الواجبة.

فقد القريب الموسر:

إذا لم يكن للمعسر المستحق للنفقة أقرباء موسرون، كانت نفقته في بيت المال[1] (خزينة الدولة) وقيل يتكفف الناس[2]، وهو قول باطل، لأن من وظائف بيت المال في النظام الإسلامي أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بأودهم والإنفاق عليهم، كما في اللقيط والرقيق إذا حرر وهو عاجز عن الكسب، أو أبى أن ينفق عليه سيده وهو (أي الرقيق) عاجز أيضاً. قال الكاساني صاحب البدائع: وأما النوع الرابع (من أنواع بيوت المال) فيصرف إلى دواء الفقراء المرضى وعلاجهم، وإلى أكفان الموتى الذين لا مال لهم، وإلى نفقة اللقيط وعقل جنايته، وإلى نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته، ونحو ذلك «وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها»[3].

ومما تجدر الإشارة إليه حادثة قضائية وقعت في مصر عام ١٩٢٢ فقد تقدم أحد الفقراء إلى المحاكم الشرعية يطلب الحكم على خزينة الدولة بالنفقة له، لأنه فقير عاجز عن الكسب ولا قريب له، فحكمت له المحكمة على خزينة الدولة بالنفقة، ويظهر أن النظام الملكي الفاسد الذي كانت مصر ترزح تحت أعبائه يومئذ، والنظام الاقطاعي والعقلية الظالمة المظلمة لم تتحمل هذا الحكم، وخشي المسؤولون إنتشار هذه الروح في الجماهير الفقيرة، فتعاونت هذه القوى الآثمة على تعطيل هذا الحكم الذي لا ريب فيه في الشريعة، وأصدرت وزارة العدل منشوراً «بلاغاً» بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٢٢ تمنع فيه المحاكم من سماع مثل هذه الدعوى واستندت فيه إلى فذلكة باطلة أعدها لها بعض علماء السوء، تقوم على أن نصوص الفقهاء تجعل الإمام (رئيس الدولة) غير ملزم بإعطاء ذوي الفقر والحاجة نصيبهم من بيت المال، وأقفل هذا الباب منذ ذلك التاريخ، ولا يشك كل فقيه عليم بمقاصد الشريعة وموارد نصوصها في أن هذا المنع باطل مخالف للنصوص الشرعية ولأقوال الفقهاء، وهي محاولة باغية لصرف الجماهير عن المطالبة

(١) البدائع: ٤/ ٣٥.
(٢) نقله الكمال في الفتح القدير عن الخصاف: ٤/ ٢١٧.
(٣) البدائع: ٢/ ٦٩.

بحقوقها التي قررتها لها الشريعة، وأنكرتها فئات الظلم والجشع والفساد[1].

الأحكام التفصيلية

لمن يستحق النفقة من الأقرباء

لا تخلو النفقة الواجبة للأقرباء من أن تكون لواحد من ثلاث فئات:

١ ـ الأولاد وأولاد الأولاد وإن نزلوا.

٢ ـ الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا.

٣ ـ الأقرباء من غير الأصول والفروع وهم الحواشي.

وإليك تفصيل ما أجملناه من أحكام كل واحد من هؤلاء:

١ـ الأولاد

والأصل في نفقة الأولاد قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أوجب الله في هذه الآية نفقة الزوجات على أزواجهن وعبر عن الزوج بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد أن مبدأ الاشتقاق (وهو هنا الولادة) علة للحكم، فإذا وجبت نفقة الأمهات بسبب الولد، كان وجوب نفقة الولد من باب أولى، وأيضاً ما ذكرناه من قول رسول الله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: «**خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف**»وهذا لا يكون إلا عند وجوب نفقتها ونفقة ولدها، والإجماع منعقد على ذلك.

ثم لا يخلو الولد من أن يكون صغيراً أو كبيراً، وكل منهما لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى.

---

(١) تجد نص هذا المنشور في «الأحوال الشخصية» للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٣٣ و «الأحوال الشخصية» للفقيه المحقق الأستاذ محمد أبي زهرة ص ٤٤٣ وقد ناقشه مناقشة دقيقة، ودلل على بطلانه، وعلى أن بيت المال ملزم بسد حاجة الفقراء، ولا خيار لأحد في منعهم منه أو إعطائهم إياه، وهذا هو الحق الذي لا ريب فيه عندنا، وقد نقلنا لك آنفاً قول صاحب البدائع: «وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها».

١ـ الصبي الصغير:

تجب النفقة له على أبيه حتى يكتسب أمثاله، فإن كان أمثاله ممن يكتسبون قبل بلوغهم، دفعه أبوه إلى حرفة يكتسب منها، ويوضع ما يكتسبه عند ثقة أمين، إذا كان أبوه مبذراً، وينفق عليه منه[١]، وإن كان أمثاله ممن يكتسبون عند إدراكهم سن البلوغ، انقطعت نفقة أبيه عنه ووجب عليه أن يكتسب، وإن كان أمثاله ممن يكتسبون بعد ذلك كالطلاب والمجندين في الجيش لخدمة العلم، ينفق عليه أبوه حتى ينتهي من دراسته أو يؤدي الجندية الإجبارية مثلاً.

٢ـ الابن الكبير:

إذا بلغ الصبي أو وصل إلى سن يكتسب فيه أمثاله، لا تجب نفقته على أبيه ـ كما قدمنا ـ إلا أن يكون فقيراً عاجزاً عن الكسب لآفة في عقله كالجنون والعته، أو آفة في جسمه كالعمى[٢] والشلل وقطع اليدين أو الرجلين، أو كان عاجزاً عن الكسب حكماً لطلبه للعلم أو لعدم تيسير الكسب له، فتجب حينئذ نفقته على أبيه. وفي الاجتهاد الحنبلي أن الولد الكبير الصحيح تجب نفقته على أبيه إذا كان فقيراً، وهذا مما تفرد به الاجتهاد الحنبلي، والجمهور على خلافه وهو الصحيح.

٣ـ البنت:

تجب نفقة البنت الفقيرة على أبيها مهما بلغت من السن حتى تتزوج، وعندئذ تصبح نفقتها على الزوج، فإذا طلقت عادت نفقتها على الأب، ولا يجوز للأب أن يجبرها على الاكتساب، ولكن إذا اكتسبت بعمل شريف لا يتنافى مع وظيفتها الاجتماعية، ولا يعرضها للفتنة، كخياطة وتعليم وتطبيب وما أشبه ذلك، سقطت نفقتها عن الأب، إلا إذا كان كسبها لا يكفيها، فعلى الأب إكمال النفقة وقد ذكرناه من قبل.

النفقة على الأب وحده:

نفقة الأولاد واجبة على أبيهم الموسر وحده لا يشاركه فيها أحد، وهذا

---

(١) فتح القدير: ٤/٢١٧.

(٢) ينبغي أن يلاحظ أن العمى لم يعد آفة تمنع من الكسب في عصرنا وقد تقدم بيان الحكم الفقهي في اكتسابه وهل يجبر على الاكتساب أم لا.

إتفاق بين المذاهب الاجتهادية، لأن الآية: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ تفيد حصر النفقة عليه، ولأنهم جزؤه، فنفقتهم كنفقة نفسه.

عند عجز الأب:

إذا كان الأب عاجزاً عن الإنفاق على أولاده الذين تجب عليهم النفقة، فلا يخلو من أن يكون قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه.

أ ـ فإن كان عاجزاً عن الكسب مع فقره سقطت نفقتهم عنه، واعتبر كأنه غير موجود، ووجبت نفقتهم على من يرثهم من أقاربهم الموسرين، فإن كان لهم جد موسر فحسب، فنفقتهم على الجد وحده، وإن كانت لهم أم موسرة فحسب فنفقتهم على الأم وحدها، وإن تعدد أقاربهم الموسرون ففي تعيين من تجب عليه النفقة ومقدارها خلاف بين المذاهب نذكره في البحث الخاص بتعدد من تجب عليهم النفقة.

ب ـ وإن كان الأب غير عاجز عن الكسب، كلف الإنسان بالاكتساب، فإن اكتسب ولم يف كسبه بنفقة أولاده، وجب على من تجب عليهم النفقة حين عدم الأب ـ كالجد مثلاً ـ أن ينفق عليهم ويكون ذلك ديناً على الأب يطالب به حين يوسر[1].

نفقة أولاد الأولاد:

وقد ذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد وجمهور العلماء إلى أن نفقة أولاد الأولاد وأولادهم واجبة كنفقة الأولاد[2]، فعلى الجد نفقة أحفاده من أية جهة كانوا، وخالف في ذلك مالك فقال: لا تجب النفقة إلا للأولاد فحسب، إقتصاراً على ظاهر النص القرآني: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ وهذا مما تفرد به مالك عن جماهير العلماء، والصحيح قول الجمهور، لأن «الولد» يشمل الولد المباشر وما تفرع منه.

٢ـ الأبوان

تجب نفقة الأبوين الفقيرين على الولد الموسر بإجماع أهل العلم، لقول الله

---

(١) هذا هو التحقيق في مذهب الحنفية (انظر ابن عابدين: ٦٧٣/٢).

(٢) والمعتبر في وجوب النفقة في المذاهب الثلاثة، الجزئية دون الإرث فيجب للأحفاد وإن لم يكونوا وارثين.

تبارك وتعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء: ٢٣].

ومن ترك أبويه جائعين وهو قادر على الإنفاق عليهما لم يكن محسناً إليهما، وقال تعالى في الوالدين: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ﴾ [لقمان: ١٥] أوجب الله على الولد أن يحسن صحبة أبويه بالمعروف ولو كانا مخالفين له في الدين، ومن ترك أبويه، في حاجة وفاقة وهو قادر على أن يدفع فاقتهما، فقد ترك مصاحبتهما بالمعروف.

وروى أبو داود من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: **«إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً مريئاً»**.

والأئمة الثلاثة وجمهور المجتهدين على أن الأجداد والجدات وإن علوا، كالأبوين في وجوب النفقة[1] لأن «الأب» يطلق على كل من جاءت منه الولادة مهما علا، وكذلك «الأم» تطلق على الجدة مهما علت، ومنه أطلق في القرآن لفظ ﴿أَبَوَيْكُم﴾ [الأعراف: ٢٧] على «آدم وحواء» وبذلك جاءت أحكام المواريث ـ كما سيأتي معنا ـ والإجماع قائم على أن الجدة تحرم على الإنسان كما تحرم عليه أمه في الزواج، أخذاً من قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ١٣].

وذهب مالك إلى أن النفقة لا تجب إلا للأبوين المباشرين دون الأجداد والجدات، وهو مما تفرد به مالك، والصحيح قول الجمهور.

قدرة الأب على الاكتساب:

جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على أن الفقيرة تجب نفقتها ولو كانت قادرة على الكسب، لأن الأنوثة عجز فلا تجبر على الاكتساب[2].

والجمهور أيضاً على أن الأب الفقير لا يجبر على الاكتساب أيضاً، لما فيه من الإيذاء المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، ولا شك في أن إجبار الأب الفقير على الاكتساب مع غنى ولده إساءة له وجرح

---

(١) ولا عبرة بالإرث في وجوب النفقة عند المذاهب الثلاثة.

(٢) نقل عن بعض فقهاء المالكية أن القادرة على الكسب لا نفقة لها.

لشعوره إذا كان قادراً عليه، لأن النفقة للإعسار، وهو غني بقدرته على الكسب[١].

نفقة الأبوين عند عجز الابن:

هنالك حالات:

أ ـ أن يكون الابن غير قادر على الكسب والنفقة، فيعتبر حينئذ كالمعدوم، ويكلف بالإنفاق حينئذ من يستحق الإرث منهما لو ماتا قبله.

ب ـ أن يكون الابن عاجزاً عن الإنفاق على أبويه غير عاجز عن الكسب، فإن كان الأب قادراً على الكسب لم يجبر الابن على الإنفاق عليه، لأن نفقة الأصول لا تجب إلا عند اليسار، وإن كان الأب غير قادر على الكسب، فإن كان للولد من كسبه ما يفضل عن حاجته أجبر على إنفاق الفاضل، وعلى من يرث الأب ـ حين عدم الابن ـ أن يكمل النفقة، وإن لم يكن للولد فضل كسب، فإن كان الولد يعيش وحده، لم يجبر على ضم أبيه إليه قضاءً، ويجبر على ذلك ديانة، وإن كان للولد عيال أجبر على ضم أبيه إلى عياله قضاءاً وديانة، يطعمه مما يطعمهم، لأن طعام الأربعة يكفي الخمسة من غير أن يضرهم ضرراً فاحشاً، بخلاف طعام الواحد إذا قسم على الاثنين فإنه يضره ضرراً بالغاً، إذ يأكل حينئذ ما لا يكفيه لغذائه فيضعف عن الكسب[٢].

أما الأم فتعتبر كالأب العاجز، لأن الأنوثة بمجردها عجز كما قدمنا.

جـ ـ وإن كان لا يقدر إلا على نفقة واحد من أبويه، ففي المذهب الحنبلي يجعلها بينهما، وقيل يقدم الأب، وقيل تقدم الأم[٣]، أما في المذهب الحنفي فالأم أحق، وقيل الأب، وقيل يقسمها بينهما[٤].

---

(١) انظر في الفقه الحنفي فتح القدير: ٤/ ٢٢٠ حيث نسب القول بوجوب الاكتساب إلى الخصاف وذكر أن المذهب خلافه، وانظر في الفقه الشافعي: المنهاج وحواشيه: ٤/ ٦٩، وفي الفقه المالكي: جواهر الإكليل: ٤٠٨/١.

(٢) انظر ابن عابدين: ٢/ ٦٧٧.

(٣) المقنع لابن قدامة: /٣١٩.

(٤) رد المحتار: ٢/ ٦٧٣.

٣ ـ الأقرباء

الأصل في نفقة الأقرباء ـ من غير الأصول والفروع ـ قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ﴾ [الإسراء: ٢٦]، وقوله تعالى: ﴿وَٱعْبُدُوا ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِۦ شَيْـًٔا وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النساء: ٣٦].

وفي الحديث عن رسول الله ﷺ: **«ابدأ بمن تعول: أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك»**[١]، وزاد في رواية أخرى **«حق واجب ورحم موصولة»**[٢].

فهذه الآيات والأحاديث تفيد أن لذي القربى حقاً واجباً، ولا شك بأن الإنفاق على القريب العاجز هو الحق الواجب الذي ليس فوقه أوجب منه. قال ابن القيم: «فإن لم يكن ذلك حق النفقة فلا ندري أي حق هو؟».

وصح أن عمر حبس أبناء عم ولد صغير للنفقة عليه وقال: «لو لم أجد إلا أقصى عشيرته لفرضت عليهم، وبمثله حكم زيد بن ثابت[٣].

هذا وللعلماء ثلاثة مذاهب في الأقرباء الحواشي الذين تجب نفقتهم:

الأول: مذهب الحنفية ومن وافقهم، أن النفقة تجب لكل ذي رحم محرم، كالعم والأخ وابن الأخ والعمة والخالة والخال وهكذا. ولا تجب لذي رحم غير محرم كابن العم وبنت العم، ولا لمحرم غير ذي رحم كالأخ رضاعاً.

والمعتبر عندهم أن يكون مستحق النفقة أهلاً للإرث بالجملة وإن لم يكن وارثاً بالفعل، كالخال فإنه يستحق الإرث عند عدم العصبات، لأنه من ذوي الأرحام، وهم يرثون في المذهب الحنفي كما سيأتي.

الثاني: مذهب الحنابلة على المعتمد عندهم، أن النفقة تجب لكل قريب وارث بفرض أو تعصيب كالأخ الشقيق، والأخ لأب، والأخ لأم والعم، وابن العم، ولا تجب لذوي الأرحام كبنت العم والخال والخالة.

الثالث: مذهب ابن أبي ليلى[٤] وهو الذي اختاره ابن تيمية وجماعة من

---

(١) رواه النسائي. (٢) رواه أبو داود.

(٣) زاد المعاد ٤/ ١٦٤، والمحلى ١٠/ ١٠٢.

(٤) فتح القدير: ٤/ ٢٢١.

فقهاء الحنابلة[1]، أن النفقة تجب لكل قريب ـ من غير الأصول والفروع ـ إذا كان وارثاً، وعلى هذا فتجب النفقة لذوي الأرحام كالعمة والخالة والخال. وهذا الرأي هو أوسع الآراء الاجتهادية في نفقة الأقرباء، ودليلهم من القرآن قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ فقد جعل النفقة على غير (المولود له) لمن يستحق الإرث من الأقرباء. ويؤيده قول الرسول عليه السلام في نفقة الأقرباء في الحديث السابق: «حق واجب ورحم موصولة» ويؤيده أيضاً فعل عمر في حبس أبناء العم لنفقة ابن عمهم الصغير، وقد أيد هذا الرأي ابن القيم وانتصر له بأدلة قوية[2]. وهذا هو الحق الذي نعتقده؛ وهو ألصق بقواعد الشريعة ومبادئها العامة، فإن الغرم بالغنم، وما دام القريب وارثاً، فيجب أن يكلف بالإنفاق على من يرثه ولو كان من ذوي الأرحام أو رحماً غير محرم، من غير تفرقة بين رحم محرم وغير محرم، وبين عصبة وبين ذوي أرحام.

تعدد من تجب عليهم النفقة:

إذا لم يكن للفقير المستحق للنفقة إلا قريب واحد موسر، فإن كان ذلك الموسر من أصوله أو فروعه وجبت نفقته عليه ولو لم يكن وارثاً له، كأن يكون جداً لأم أو ابن بنت مثلاً، وذلك حكم اتفاقي في المذاهب الاجتهادية الثلاثة: الحنفي والشافعي والحنبلي كما تقدم، وإن كان ذلك الموسر من الأقرباء الحواشي وجبت عليه نفقته إن كان الفقير ذا رحم محرم منه ـ في الاجتهاد الحنفي ـ كالأخ والعم والعمة، ووجبت نفقته إن كان وارثاً بفرض أو تعصيب ـ في الاجتهاد الحنبلي ـ كالأخ لأم وابن العم.

وإن كان للفقير أكثر من واحد تجب عليه نفقته، فالمذاهب الاجتهادية تتفق على توزيع النفقة عليهم بحسب الإرث إن كانوا من الحواشي، وتختلف قواعد هذه المذاهب في توزيع النفقة عليهم إذا كانوا من الأصول أو الفروع أو خليطاً من الأصول والفروع والحواشي.

وقديماً كان العمل بقواعد المذهب الحنفي في هذه المسألة[3]، ولكن

---

(1) الفروع لابن مفلح: ٣/ ٣٥٥. (2) زاد المعاد: ٤/ ١٦٦.

(3) خلاصة قواعد توزيع النفقة على من تجب عليهم في المذهب الحنفي: إنها تجب على الأصول والفروع بحسب القرب بعد الجزئية، دون الإرث، فإذا استويا في القرب والجزئية ولم يوجد ما يرجح إيجاب النفقة على أحدهما دون الآخر، فالنفقة بينهما على ـ

القانون عدل عن ذلك، وأخذ بقواعد المذهب الحنبلي في توزيع النفقة، لما في المذهب الحنفي من بعد عن قاعدة «الغرم بالغنم» حيث نجده ـ عند التطبيق ـ يوجب النفقة أحياناً على قريب لا يرث، ولا يوجبها للقريب الوارث كما تجد إيضاحه في «الهامش»، ولما فيه من مخالفة في الظاهر لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾وكذلك يقال في قواعد المذهب الشافعي[1].

أما قواعد المذهب الحنبلي في هذا الموضوع فإليك خلاصتها بوضوحها وسهولتها.

= قدر الميراث، فمن كان له ابن وابن ابن موسران، فالنفقة على الابن وحده لأنه أقرب، ومن كان له ابن وجد موسران، فالنفقة على الابن وحده أيضاً لأنه أقرب، ومن كان له والد وولد موسران، فهي على الولد خاصة، لاستوائهما في القرب والجزئية. ولكن ترجح وجوب النفقة على الولد بحديث **«أنت ومالك لأبيك»**. فإن كان له ولد ابن وولد بنت فالنفقة عليهما على السواء، مع أن الإرث لولد الابن دون ولد البنت. وإن كان له ابن وبنت فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما؛ لاستوائهما في القرب والجزئية ولا مرجح لإيجاب النفقة على أحدهما دون الآخر، وأما إذا كان الأقرباء من الحواشي فتجب على ذي الرحم المحرم لقريبه كذلك ولو كان ـ المستحق عليه النفقة ـ غير وارث في الحال، فمن كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال وحده، مع أن الميراث لابن العم وحده لأنه عصبة، ومن كان له عم وخال، فالنفقة على العم وحده، لأنه ذو رحم محرم وهكذا وقد ألف العلامة ابن عابدين رحمه الله رسالة خاصة في هذا الموضوع سماها «تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول» ضبط فيها قواعد المذهب الحنفي ضبطاً دقيقاً لم يسبقه إليه فقيه من فقهاء الحنفية. «تجد هذه الرسالة ضمن مجموعة رسائله المطبوعة: ١/ ٢٧٨ كما تجدها في حاشيته: رد المحتار ٢/ ٢٧٨».

(١) خلاصة القواعد في المذهب الشافعي: من استوى فرعاه في القرب والإرث كابن وبنت ـ أو عدم القرب والإرث فعليهما بالسوية لا بحسب الميراث، وإن كان أحدهما أقرب والآخر وارثاً، وجبت على الأقرب دون الوارث ـ في الأصح من المذهب ـ وإن استويا في استحقاق الإرث ـ كبنت وبنت ابن ـ كانت النفقة عليهما، قيل: ١ ـ بالسوية، ٢ ـ وقيل بحسب الرؤوس، ٣ ـ وقيل بنسبة حصتهما من الإرث، وأما في الأصول فالقاعدة فيهم قريبة من قاعدة الفروع، وإن كانت أكثر تعقيداً، وفقهاؤهم فيها أكثر اختلافاً، «انظر المنهاج وحواشيه: ٤/ ٨٦».
بقي الأمر في المذهب المالكي، وهو فيه سهل لضيق دائرة من تجب عليهم النفقة ـ فإن كان له أربعة أولاد مثلاً ـ ذكور وإناث ـ ففي توزيعها عليهم ثلاثة أقوال: ١ ـ توزع بحسب الرؤوس بقطع النظر عن الذكورة والأنوثة وعن التقارب أو التفاوت في الغنى واليسار. ٢ ـ توزع بحسب الإرث، فعلى البنت نصف نصيب الابن من النفقة، ٣ ـ توزع بحسب اليسار «انظر جواهر الإكليل، ١/ ٢٠٧».

في المذهب الحنبلي:

أولاً: تجب النفقة على الأقرباء بحسب الإرث[1]، وإليك بعض الأمثلة:

من له أم وجد، فعلى الأم الثلث والباقي على الجد.

ومن له جدة وأخ، فعلى الجدة السدس والباقي على الأخ.

ومن له بنت وأخت، فعلى البنت النصف، وعلى الأخت النصف.

وهكذا، إلا أنهم استثنوا من هذه القاعدة مسألة واحدة: وهي ما إذا كان له أب فعليه النفقة وحده ولو كان معه غيره؛ ومن كان له أب وابن فعلى الأب وحده أيضاً، لأن الآية: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ تفيد الحصر، خلافاً للاجتهاد الحنفي حيث يجعل النفقة على الابن وحده.

ثانياً: كل وارثين[2] اجتمعا وهما من الأصول والفروع. وكان القريب معسراً والبعيد موسراً، تجب النفقة على الموسر البعيد. فمن له أم فقيرة وجدة موسرة، فالنفقة على الجدة وحدها.

ثالثاً: إذا كان له قريبان موسران، وأحدهما محجوب عن الميراث بقريب فقير، فإن كان المحجوب من الأصول والفروع لا تسقط عنه النفقة، وإن كان غيرهما فلا نفقة عليه، فمن كان له أبوان وجد والأب معسر، فالأب كالمعدوم وتكون النفقة أثلاثاً، على الأم الثلث وعلى الجد الباقي، وإذا كان له أبوان وجد

---

(١) هل يشترط أن يكون الإرث من الجانبين؟ أم يكفي أن يكون الإرث من جانب واحد؟ المعتمد في المذهب أنه لا يشترط الإرث من الجانبين، فمن كان لها ابن أخ فقير وجبت عليها نفقته لأنه يرثها باعتباره ابن أخيها، مع أنها لا ترثه لأنها من ذوات الأرحام الذين يأخذون الميراث عند عدم الوارث بالفرض أو التعصيب، وفي رواية عن الإمام أحمد أنه يشترط الإرث من الجانبين، وعلى هذا فليس على العمة نفقة ابن أخيها.

(٢) يشترط أن يكون وارثاً في الحال على الصحيح من المذهب، فلا نفقة على بعيد موسر يحجبه قريب معسر «إذا كان من غير الأصول والفروع» وفي رواية عن أحمد: يشترط الإرث في الجملة، لكن إن كان يرثه في الحال ألزم بها إن كان موسراً ولا يلزم بها الأبعد، وإن كان فقيراً جعل كالمعدوم، ولزمت الأبعد الموسر، وعلى هذا فمن كان له أب معسر وأخ موسر فلا نفقة على واحد منهما في الصحيح من المذهب، أما الأب فلإعساره وأما الأخ فلعدم الإرث، وعلى الرواية الثابتة تجب النفقة على الأخ الموسر، وهذا هو المعقول.

وأخوان والأب معسر، فلا شيء على الأخوين لأنهما محجوبان وليسا من الأصول والفروع، وتكون النفقة على الجد والأم أثلاثاً، كما في المسألة السابقة.

رابعاً: إذا لم يكن من ورثته إلا واحد موسر، لزمته النفقة بقدر ميراثه فقط، على الصحيح من المذهب، وهو ما تفرد به المذهب الحنبلي، وفي رواية عن أحمد: تلزمه كل النفقة وهذا هو المعقول[1]

مع القانون:

نذكر لك فيما يلي كل ما ذكره القانون من أحكام النفقات:

مادة ١٥٤ ـ نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها.

مادة ١٥٥ ـ ١ ـ إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية.

٢ ـ تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله.

مادة ١٥٦ ـ ١ ـ إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة غير عاجز عن الكسب يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب.

٢ ـ تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر.

مادة ١٥٧ ـ ١ ـ لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها.

٢ ـ يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يوسر.

مادة ١٥٨ ـ يجب على الولد الموسر ذكراً كان أم أنثى، كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقراء ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلاً أو عناداً.

مادة ١٥٩ ـ تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب حصصهم الإرثية.

---

(١) انظر هذه الأحكام في المذهب الحنبلي في «المقنع» لابن قدامة وحواشيه: ٣/٣١٩ ـ ٣٢٢.

مادة ١٦٠ ـ لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع.

مادة ١٦١ ـ يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء.

ملاحظات على القانون:

١ـ أول ما يلاحظ على القانون في هذا الموضوع أن أحكام النفقات فيه جاءت موجزة جداً، كما يتبين لنا ذلك من المقارنة بين أحكامه وبين ما ذكرناه من الأحكام.

لقد جاءت أحكام النفقات في ثمان مواد من القانون، اثنتان منها تتضمنان قواعد عامة وهما المادتان ١٥٤ و ١٦٠، واثنتان منها خاصتان بنفقة الأولاد وهما المادتان ١٥٥ و ١٥٦، وواحدة تتعلق بنفقة زوجة الابن وهي المادة ١٥٧ وواحدة تتعلق بنفقة الأبوين وهي المادة ١٥٨، وواحدة تتعلق بنفقة الأقرباء مطلقاً وهي المادة ١٥٩، ولم يذكر شيء عن بقية أحكام النفقات كحد اليسار والإعسار والعجز عن الكسب وتقدير النفقة والقضاء بها ومتى تسقط إلى غير ذلك من الأحكام، فما هي الحكمة من هذا الإيجاز العجيب[1]؟ قد يقال أن هذه الأحكام التي لم يذكرها القانون يرجع فيها إلى مذهب أبي حنيفة وفقاً للمادة ٣٠٥، ولكننا لا نعلم قانوناً يطوي من الأحكام الواجب ذكرها أكثر مما يذكر، إكتفاءاً بالإحالة إلى المصادر التشريعية!

٢ـ جاء في المذكرة التفسيرية أن أحكام النفقات في القانون قد عدل فيها عن مذهب الحنفية إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، والواقع أنه لم يؤخذ بمذهب الإمام أحمد خاصة إلا في مسألتين:

١ـ في توزيع النفقات عند تعدد من تجب عليهم النفقة.

٢ـ إيجاب النفقة للأقرباء من غير تقييد بالمحرمية.

---

(١) من الغريب أن «الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية» للمرحوم قدري باشا ـ وهو الذي جاء في المذكرة التفسيرية لقانوننا أنه أحد المصادر التي اعتمدت في إعداد القانون ـ قد جاء مستوفياً لأكثر أحكام النفقات، وقد جاءت هذه الأحكام في ٢٥ مادة. مفصلة تفصيلاً واضحاً، استغرقت ٥ صحائف من القطع المتوسط. بينما جاءت أحكام النفقات في القانون ٨ مواد استغرقت صحيفة واحدة من القطع الصغير.

هذا مع العلم بأن إيجاب النفقة للأقرباء الوارثين مطلقاً ولو كانوا من ذوي الأرحام ليس هو المذهب في الاجتهاد الحنبلي، وإنما هو رأي لبعض فقهائه اختاره ابن تيمية وهو في الأصل رأي ابن ليلى كما ألمعنا إليه.

٣ـ يلاحظ على المواد التي ذكرت أحكام النفقة على الولد أنها خاصة بالولد المباشر، وكذلك بالنسبة لنفقة الوالدين، فإنها خاصة بالوالدين المباشرين، ولا نجد ما يشير إلى أن أولاد الأولاد وإن نزلوا يعطون حكم الأولاد، وكذلك الأجداد والجدات وإن علوا يعطون حكم الأبوين، ولا نستطيع أن نستنتج من ذلك أنّ القانون يذهب إلى رأي مالك في حصر النفقة الواجبة بالأبوين والأولاد المباشرين فقط، لأن القانون نص على نفقة الأقارب وهو خلاف رأي مالك، والمذكرة التفسيرية نصت على أن القانون أخذ بمذهب الإمام أحمد، فلا بد من أن يكون القانون قد أدخل نفقة الجدود والجدات والأحفاد تحت لفظ «القريب» فشملتهم المادة ١٥٩ بأحكامها، وهذا غريب لا مبرر له، ولا يتفق مع المذاهب الاجتهادية الثلاثة، لأنها متفقة على إلحاق الأحفاد وأولادهم بالأولاد المباشرين، والأجداد والجدات وأصولهم بالأبوين، وهي تقيم نفقة الأصول والفروع على غير مبدأ الإرث كما رأينا، بخلاف نفقة الأقارب من الحواشي.

ولا يمكن أن يقال: إن إتجاه القانون متفق مع رأي ابن تيمية، لأن ابن تيمية لا يخالف المذاهب الاجتهادية في أن الأصول والفروع لهم قواعد خاصة في النفقة لا تتقيد بمبدأ الإرث، وإنما يرى وجوب النفقة للأقرباء من الحواشي مطلقاً ما داموا يرثون، من غير إخراج ذوي الرحم منهم كما هو المعتمد في المذهب الحنبلي، وهذا واضح في كتب الفقه الحنبلي التي ذكرت رأي ابن تيمية.

٤ـ أن المادة ١٤٥ في فقرتها الأولى تعفي الأب من وجوب نفقة أولاده إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب «لآفة» بدنية أو عقلية، وهذا التعبير لا يشمل عجز الأب الحكمي كالبطالة وطلب العلم. ونعتقد أن في تعبير القانون قصوراً عن أداء الحكم الفقهي، لا دلالة على اجتهاد خاص بحصر إسقاط النفقة في حالتي المرض والجنون فحسب.

٥ـ وكذلك المادة المذكورة في فقرتها الثانية تسقط نفقة الولد بمجرد بلوغه الحد الذي يكتسب فيه أمثاله، ولا تنص على وجوب نفقته في حال طلبه العلم أو عدم تيسر الكسب له كما ذكرنا في الأحكام الفقهية، ونعتقد أن هذا قصور في التعبير لا اجتهاد في الرأي أيضاً.

٦ـ نصت المادة ١٥٩ـ على وجوب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب «لآفة» بدنية أو عقلية، ولم تذكر العجز عن الكسب للصغر والأنوثة، وقد مر بنا أن الصغر والأنوثة من مظان العجز التي توجب النفقة، فكيف أهمل النص نفقة الصغار والإناث وهو حكم متفق عليه في المذاهب الاجتهادية كلها؟ إن لفظ «الآفة» لا يدخل تحته الصغر، فالصغر ليس بآفة قطعاً، وإنما هو مرحلة من مراحل الحياة، ولا يدخل تحته «الأنوثة» أيضاً إلا أن يزعم زاعم أن الأنثى من ذوي الآفات!.. فالنص هنا قاصر إن لم نقل أنه حاصر، وفي كلتا الحالتين فالقانون لا يبين الحكم الشرعي في وجوب نفقة الإناث والصغار.

٧ـ وأيضاً فهو لا يشمل العجز عن الكسب لطلب العلم والبطالة (عدم تيسر الكسب) وقد كان النص على هذه الحالات واجباً في القانون.

٨ـ إن نص المادة ١٥٩ مشكل، لأن لفظ «أقاربه» الذي تجب عليهم النفقة بشرط إرثهم، إن كان يراد منه ما يشمل الأجداد والأحفاد وبقية الأصول والفروع، فهو حكم غير صحيح، لأن وجوب النفقة للفروع والأصول وعليهم، لا يتوقف على استحقاق الإرث في حال الإنفراد وذلك باتفاق المذاهب الاجتهادية الثلاثة، وكذلك لا تتوقف على الإرث في حالة التعدد إلا في المذهب الحنبلي.

وإن كان المراد بلفظ «الأقارب» غير الأصول والفروع، بل الحواشي فقط، فأين موضع أحكام النفقة بالنسبة للأصول والفروع ـ ما عدا الأب والولد ـ في القانون؟

ولئن قيل أن النص يبين حكم النفقة عند تعدد الأقرباء الذين تجب عليهم النفقة بدليل أن اللفظ جاء بصيغة الجمع، ويكون القانون قد أخذ بالمذهب الحنبلي في اعتبار الإرث أساساً لإيجاب النفقة في جميع حالات القرابة ـ كما جاء في المذكرة التفسيرية ـ كان معنى ذلك أن القانون لم ينص على حالة وجود قريب موسر واحد فقط، وقد علمت أن حكمه يختلف بين أن يكون من الأصول أو الفروع، فلا يتوقف وجوب النفقة عليه على استحقاقه للإرث من المستحق، وبين أن يكون من الحواشي فيتوقف.

٩ـ ومن مشكلات القانون حالة ما إذا كان للمعسر العاجز أب وابن موسران فعلى من تكون النفقة؟ مقتضى المادة ١٥٥ أن تكون نفقته على أبيه، ومقتضى المادة ١٥٨ أن تكون نفقته على ابنه، ومقتضى المادة ١٥٩ أن تكون

النفقة بينهما بحسب حصصهما الإرثية، فعلى الأب السدس، وعلى الابن الباقي، ولكن علمت أن المذهب الحنفي يقول بوجوب النفقة على الابن وحده، ترجيحاً بالحديث «أنت ومالك لأبيك» والمذهب الحنبلي يقول: بوجوب النفقة على الأب، عملاً بالآية: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ﴾ وفي المذهب الشافعي قولان: أحدهما كالاجتهاد الحنبلي، ولا قائل بوجوب النفقة عليهما بحسب حصصهما الإرثية.

والذي نراه أن تعتبر هذه المسألة مسكوتاً عنها في القانون، وتطبق عليها المادة ٣٠٥ ويكون الحكم فيها بمقتضى الاجتهاد الحنفي.

هذا ما أردنا أن نذكره هنا من بعض ملاحظاتنا على القانون، لنشير بها إلى وجوب تعديل أحكام النفقات فيه بحيث يتضمن:

١ ـ جميع الحالات التي يستحق بها الإنسان النفقة على قريبه الموسر.

٢ ـ النص على أحكام نفقات الأصول والفروع في مواد خاصة، وأحكام نفقات الحواشي في مواد خاصة.

٣ ـ النص على أحكام النفقة الواجبة عند تعدد من تجب عليهم وعند الإنفراد.

٤ ـ أهم أحكام النفقات وخاصة تحديد اليسار والإعسار، وتحديد النفقة الواجبة، والحالات التي تتوقف فيها النفقة على القضاء والتي لا تتوقف، ومتى تسقط النفقة؟ وحكم تعدد المستحقين لها، وغير ذلك.

٥ ـ صياغة تلك الأحكام بأسلوب دقيق مبسط، حتى لا يقع اللبس في فهم نصوصه وتطبيق أحكامه.

تتمة أبحاث النفقات[١]

نرى استكمالاً للفائدة، ورغبة في إعطاء صورة كاملة عن نظام النفقات في الإسلام، أن نعرض لأحكام نفقات الفئات الأخرى التي لم يشملها القانون، وفي ذلك فائدة ثقافية تتصل تمام الاتصال بموضوع القانون.

---

(١) هذه التتمة غير مقررة.

أ ـ نفقات الأرقاء

تمهيد:

كان الرق أمراً شائعاً ـ عند ظهور الإسلام ـ لدى كل الأمم وأبناء الديانات في مختلف البلاد؛ واستمر كذلك في العصور الوسطى والعصر الحديث حتى ألغي أخيراً في أواخر القرن التاسع عشر كما هو معروف، ومع أن البواعث التي حدت بالغربيين إلى المناداة بإلغاء الرقيق كانت في أكثرها بواعث اقتصادية. فإن إلغاء الرقيق يعتبر حدثاً هاماً من أكبر الأحداث الاجتماعية في تاريخ الإنسان.

لقد كان الرقيق ـ عند ظهور الإسلام واستمر كذلك خلال القرون الوسطى كلها ـ جزءاً من النظام الاجتماعي العام، وكان نتيجة حتمية للحروب التي تشنها أمة على أمة أخرى، ولا خيار للأمة الغالبة ولا المغلوبة في تجنب الرق أثناء الحروب وفيما بعد انتهائها.

وعدا ذلك فقد كان ينظر إلى الرقيق قبل ظهور الإسلام وبعده على أنه كائن حي لا يستحق حرمة ولا كرامة ولا عدالة حتى أن أرسطو كبير فلاسفة اليونان يقول في تعريف الرقيق بأنه آلة ذات روح أو متاع يقوم به الروح. وقد قسم أرسطو الناس حين يولدون إلى قسمين: أحرار، وارقاء بطبيعتهم خلقوا لخدمة الأحرار، فالرق عنده يولد مع الرقيق بدون صنع منه أو من المجتمع، والقانون الروماني يعتبر الرقيق شيئاً من الأشياء لا إنساناً له خصائص الإنسانية، وكانت أوروبا في القرون الوسطى تعتبر الرقيق في قوانينها كالحيوان الأهلي المستخدم، ولا نرى حاجة إلى ذكر تاريخ الرقيق المظلم في عهد المستعمرين الفرنسيين والإنجليز والإسبان والبرتغال في أميركا، وكيف كان يعيش في ظل «القوانين السوداء» التي كانت تنص على أن لا نفس له ولا روح ولا إرادة! ولم يكن الرقيق في ظل تلك القوانين يملك الدفاع عن نفسه تجاه سيده مهما أنزل به من العذاب والأذى حتى القتل، وكان جزاؤه إذا هرب من خدمة سيده أن تقطع أذناه وأن يكوى بالحديد المحمى، فإذا تكرر منه الهرب للمرة الثالثة فجزاؤه القتل، ومنذ عهد اليونان حتى إلغاء الرق، كان من أبسط عقوبات الرقيق إذا أذنب ذنباً مهما قل شأنه، أن يكبل بالحديد والسلاسل ويجلد بالسياط، ويعلق من يديه ويربط برجليه الأثقال، وكثيراً ما كان يموت تحت الضرب والجلد دون أن يتعرض سيده لأي حساب أو عقوبة.

ولم تكن القوانين الأوروبية في العصور الحديثة بأقل تعذيباً أو نكالاً وامتهاناً

لانسانية العبيد من أمثالها في القرون الوسطى، فقد كانت القوانين الفرنسية في المستعمرات تبيح للسادة البيض إهلاك أرقائهم بالجلد بالسياط والضرب حتى الموت والإحراق بالنار، وإذا ارتكب أحد السادة جريمة القتل فقد كان القضاء يبرئه بأتفه عذر، ولا نتحدث عن القوانين الإنجليزية والأميركية في المستعمرات وفي أمريكا ذاتها، فإن موقف الأميركيين البيض من الأميركيين الزنوج الأحرار في وقتنا الحاضر، مما يندى له الجبين من صنيع أولئك المتمدنين الذي يدعون لأنفسهم فخر تحرير الأرقاء في أواخر القرن التاسع عشر.

لقد جاء الإسلام والرق جزء من النظم الاجتماعية لجميع شعوب العالم كما قلنا، وكانت منزلة الأرقاء بتلك المنزلة التي أشرنا إليها، فماذا كان يستطيع الإسلام أن يعمل يومئذ في سبيل الأرقاء؟ إنه لا سبيل له إلى إجبار شعوب العالم على إلغاء الرقيق، ولا سبيل لتحريم الاسترقاق على المسلمين أنفسهم، لأنهم كانوا في حروب مستمرة مع الشعوب التي تجاورهم، وليس من المعقول أن يحرم الإسلام على المسلمين استرقاق الأسرى والمغلوبين من حيث تسترق تلك الشعوب أسرى المسلمين، إن ذلك وحده كفيل بتحطيم الروح المعنوية للجيش المحارب إذا عرف هذا التفريق في نتيجة النصر بينه وبين أعدائه، ولكن الإسلام وضع قواعد جذرية لتحرير الأرقاء ورفع مستواهم ورد كرامتهم الإنسانية إليهم، ومعاملتهم كالأحرار في التعليم والمعاملة وسائر الحقوق، إلا في بعض الحالات حيث اقتضت المصلحة العامة سلب ولايتهم على أنفسهم كالأحرار، وحتى في هذه الحالات لم يكل أمرهم إلى تحكم أسيادهم ليسيئوا معاملتهم كيف يشاؤون، وسترى في أحكام نفقة الأرقاء أنها هي ذات الأحكام التي تتعلق بنفقات الأحرار الفقراء، ولقد كان من نتيجة هذا الموقف العظيم الذي وقفه الإسلام من قضية الأرقاء، أن اختلطوا بالأسر الإسلامية الحرة، وأصبحوا جزءاً منها، بل أصبح كثير منهم في مصاف القادة والخلفاء، وأصبحت كثير من الإماء أمهات لخلفاء المسلمين، وغدا كثير منهم من أئمة العلم والأدب والدين والفتيا، يجتمع إليهم أفواج الطلاب من جميع أنحاء العالم الإسلامي دون أن يجدوا في أنفسهم غضاضة، لقد كان هذا كله ثورة في تاريخ الرق في العالم لم يصل إليها الأرقاء في مختلف العصور، بل لم يصل ولن يصل إليها الملونون الأحرار الذين يعيشون في بلاد هؤلاء الغربيين في العصر الحاضر! ومع هذا فلا يزال كتّاب الغرب ـ وخاصة رجال الدين فيهم ـ يتخذون من مسألة الرق في الإسلام ذريعة لتشويه سمعة المسلمين والحط من كرامة شعوبهم،

ولا يستغرب هذا من الغربيين الذين عرفوا بالنفاق الأخلاقي، حيث ينسبون لأنفسهم فضائل لا ظل لها في تاريخهم القديم والحديث، ويتهمون غيرهم من الشعوب المستضعفة وخاصة شعوب الشرق، وبالأخص شعوب العالم الإسلامي ـ بنقائص مكذوبة على العلم وعلى التاريخ، وهي في حقيقتها إذا ترك الحكم فيها إلى العادل المنصف، مفاخر تفوق كل المفاخر المزعومة لأولئك الغربيين!

أحكام نفقات الأرقاء:

الأصل في وجوب نفقة الأرقاء قوله ﷺ: «**للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق**»[1] وقوله عليه السلام من حديث أبي ذر: «**هم إخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ـ وفي رواية ما يطيقون ـ فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه**»[2].

ومما جاء في التوصية بالرقيق، ما رواه أنس بن مالك قال: كانت عامة وصية رسول الله ﷺ حين حضرته الوفاة وهو يغرغر بنفسه: «**الصلاة وما ملكت أيمانكم**»[3].

وإليك شيئاً من الأحكام المتعلقة بمعاملة الأرقاء ونفقاتهم، وهي متفق عليها في المذاهب الاجتهادية إلا ما نذكره من خلاف بعضها.

أ ـ في المعاملة:

يحرم على السيد أن يكلفه من العمل ما لا يطيق، أو يشق عليه مشقة كبيرة، فإن كلفه بشيء من ذلك وجب عليه أن يعينه، وذلك للأحاديث الكثيرة الواردة في هذا الشأن، وقد ذكرنا لك حديثاً منها.

ويجب عليه أن يريحه من العمل، ويترك له وقتاً كافياً للنوم.

ويحرم عليه خصاؤه أو التمثيل به، فإن فعل عتق عليه عند كثير من الفقهاء، ويؤيده ما رواه ابن عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من لطم مملوكه أو ضربه**

---

(١) رواه مسلم وأحمد والشافعي في مسنده: ١/ ٦٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم.

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه.

فكفارته عتقه»[1] فإن لم يفعل السيد ذلك أعتقه الحاكم عليه، لما روي أن سيداً مثل بعبد له في عهد رسول الله ﷺ، فأرسل الرسول يطلب السيد فلم يعثر عليه، فقال النبي ﷺ: **«اذهب فأنت حر»**[2].

وإذا جنى العبد يستحب للسيد أن يعفو عنه مرة أو مرتين، وقال بعض الفقهاء: بل يعفو أكثر من ذلك، فإن عاد وكان الذنب عظيماً ضربه ضرباً غير شديد.

وإذا خاف عليه الأباق (الهرب)، قيل: يجوز له أن يقيده من أجل ذلك، وقيل: لا يقيده بل يبيعه، وهو اختيار الإمام أحمد.

وإذا كلفه بما يطيقه فامتنع من الامتثال، كان له أن يؤدبه، وليس له أن يلطمه على وجهه، لحديث ابن عمر السابق.

وليس له أن يشتم أبويه ولو كانا حربيين، ولا يعود لسانه معه الفحش من القول، لحديث: **«لا يدخل الجنة سيئ الملكة»**[3].

ويكره أن يقول له عبدي، وأن يقول لمولاته أمتي ولكن يقول: مولاي وفتاتي عملاً بالحديث الوارد في ذلك.

وعليه إذا مرض عبده أن يقوم على تمريضه ويتعهده بالعون[4].

وإذا لم تلائم أخلاق العبد أخلاق سيده، لزمه إخراجه من ملكه، ولا يعذبه، لحديث: **«لا تعذبوا عباد الله»**.

في النفقة:

تجب على السيد نفقة عبده في الطعام واللباس والسكنى، وذلك في حدود ما يكفيه، ولو كان زاهداً لا يريد إلا أدنى اللباس فعليه أن يلبسه ما يعتاد أمثاله في بلده، ولا يجوز أن يكتفي في اللباس بما يستر العورة فحسب، ولو كان لا يتأذى ببرد ولا حر، لما فيه من الإذلال والتحقير.

والجمهور على أنه يستحب للسيد أن يلبس عبده مما يلبس هو، ويطعمه مما

---

(١) رواه مسلم وغيره.
(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه.
(٣) رواه الترمذي وابن ماجه.
(٤) البحر: ١/١٤٨.

يطعم، ولا يجب ذلك عليه، وقال بعض العلماء بوجوب ذلك، عملاً بظاهر الحديث: **«فليطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس»**.

ويستحب له أن يجلسه معه للطعام، وإلا فينبغي أن يطعمه منه، وخاصة إذا كان الرقيق قد تولى طبخه وتهيئته، عملاً بالحديث الصحيح: **«إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه، فإن لم يجلسه معه، فليناوله لقمة أو لقمتين «أو أكلة أو أكلتين» (شك من الراوي) فإنه ولي حره وعلاجه»**[1].

وإذا كان من عادة السيد أن يلبس دون اللائق بأمثاله بخلاً أو زهداً، فلا يجوز له أن يفعل برقيقه كذلك، بل عليه أن يلبسه ويطعمه مما يعتاد أمثاله ولو كان أعلى من لباس السيد وطعامه.

وعلى السيد نفقة عبده في مرضه: من أجرة الطبيب وثمن العلاج وكل ما يحتاج إليه في مرضه.

وعليه أن يزوج عبده أو أمته إذا احتاجا إلى ذلك، عملاً بظاهر الآية: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

وعليه نفقة ولد رقيقه أيضاً، حتى إذا كان لأمته ولد ترضعه ولم يفضل من لبنها شيء لغير ولدها، فليس للسيد أن يكلفها إرضاع غير ولدها، لأن في ذلك إضراراً بولدها، فإن فضل من لبنها شيء بعد شبع ولدها جاز له أن يأمرها بإرضاع غير ولدها من اللبن الزائد.

وعليه أن ينفق على رقيقه ولو امتنع عن الكسب وهو قادر عليه، وكذا إذا كان مستحق المنافع بوصية أو غيرها، وكذا إذا كان زمناً أو أعمى أو آبقاً، لبقاء ملكه في هذه الحالات كلها ولعموم الحديث: **«للملوك طعامه وكسوته»**.

ويستحب أن ينفق على أرقائه بالتساوي، ويكره أن يميز واحداً عن الآخر إلا لضرورة.

ويراعى حال السيد في النفقة فلا يكلف ما لا يطيق.

عند الفقر أو الامتناع:

إذا امتنع السيد عن الإنفاق على عبده أو غاب، فإن كان له مال ظاهر باع

---

(١) رواه البخاري ومسلم وسائر أصحاب السنة.

الحاكم ما له عليه وأنفق منه على العبد، وهذا إذا كان المال من غير جنس النفقة الواجبة للعبد، أما إذا كان ماله من جنس نفقة العبد كالدراهم والطعام والكسوة، جاز للرقيق أن يأخذ نفقة من مال سيده بغير رضاه، إذا كان الرقيق عاجزاً عن الكسب، وكذلك إذا أعطاه سيده دون كفايته. وللقاضي أن يحبس السيد في نفقة عبده كما يحبس في نفقة القريب.

وإذا غاب أو امتنع السيد عن الإنفاق، ولا مال له وكان الرقيق عاجزاً عن الكسب يأمره القاضي بالاستدانة على سيده فإذا أيسر رجع عليه، وإن كان العبد قادراً على الكسب آجره القاضي وأنفق عليه من كسبه.

وتجب نفقة العبد في بيت المال (الخزينة العامة) إذا لم يجد القاضي من يشتري العبد لمرضه أو شيخوخته، وكذلك إذا كان السيد فقيراً وهو محتاج إلى الرقيق لخدمته، وكذلك إذا أعتق السيد عبده وكان (العبد المحرر) لا يستطيع الكسب.

وإذا كان الرقيق مشتركاً بين اثنين، أنفق عليه الشريكان بقدر نصيبهما، فإذا امتنع أحدهما أنفق الثاني ورجع على شريكه، فإن قال أحدهما: ليس لي شيء أنفقه، أنفق الآخر على حصته، وباع الحاكم حصة الآبي ممن ينفق عليه، فإن لم يجد استدان عليه، فإن لم يجد أنفق عليه من بيت المال[1].

ب ـ نفقة الحيوان

الأدلة:

الأصل في وجوب نفقة البهائم ما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «عذبت امرأة في هرة حبستها، فلا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض»[2] (أي هوامها وحشراتها).

فهذه امرأة استحقت عذاب الله تعالى من أجل هرة تركت إطعامها ومنعتها من أن تنطلق فتأكل. وذلك صريح في وجوب الإنفاق على البهائم.

---

(١) انظر أحكام الرقيق في الدر وحاشيته: ٢/ ٦٨٧، وفي البجيرمي على الخطيب: ٤/ ٧٠، وفي جواهر الإكليل: ١/ ٤٠، وفي المغني والشرح الكبير: ٩/ ٣١٤.

(٢) رواه البخاري ومسلم.

ومما يدل لذلك ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «**بينما رجل يمشي بطريق اشتد عليه العطش، فوجد بئراً فنزل فيها فشرب ثم خرج، فإذا كلب يلهث يأكل الثرى من العطش، فقال الرجل: لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي كان بلغ مني، فنزل البئر فملأ خفه ماءً ثم أمسكه بفيه حتى رقي فسقى الكلب، فشكر الله له فغفر له**»، قالوا: يا رسول الله! وإن لنا في البهائم لأجراً؟ فقال: «**في كل كبد رطبة أجر**»[١].

والأحاديث كثيرة في وجوب الرفق بالحيوان ومنع ظلمه وتعذيبه، من ذلك ما جاء أن النبي ﷺ دخل حائطاً (بستاناً) لرجل من الأنصار، فإذا فيه جمل، فلما رأى النبي ﷺ حن «الجمل» وذرفت عيناه، فأتاه رسول الله ﷺ فمسح ذفراه[٢]، فسكت، فقال عليه السلام: «**من رب هذا الجمل؟ لمن هذا الجمل؟**» فجاء فتى من الأنصار فقال: هو لي يا رسول الله! فقال له الرسول: «**أفلا تتقي الله في هذه البهيمة التي ملكك الله إياها؟ فإنه شكا إلي أنك تجيعه وتدئبه**»[٣] (أي تديم عمله وتتعبه).

ومر رسول الله ﷺ ببعير قد لصق ظهره ببطنه، فقال: «**اتقوا الله في هذه البهائم، فاركبوها صالحة وكلوها صالحة**»[٤].

من هذا كله أجمع العلماء على وجوب الرفق بالحيوان وحرمة تعذيبه وظلمه، أما النفقة عليه فالجمهور على وجوبها على مالكها ديانة وقضاءً، وذهب أبو حنيفة إلى وجوب ذلك ديانة لا قضاءً، لأن الحيوان ليس أهلاً للخصومة حتى يحكم القاضي له بالنفقة، وأجاب الجمهور بأن الحيوان مخلوق ذو روح محترم فيجب حفظه كالآدمي[٥].

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

(٢) الذفرى هو الموضع الذي خلف أذن البعير أول ما يعرق.

(٣) رواه أحمد وأبو داود.

(٤) رواه أبو داود وابن خزيمة.

(٥) لم يوافق أبو يوسف شيخه أبا حنيفة في رأيه بل ذهب إلى رأي الجمهور، وذهب الطحاوي والكمال بن الهمام وغيرهما من محققي الحنفية إلى رأي الجمهور أيضاً، قال الكمال: إن الحق ما عليه الجماعة لأن غاية ما فيه أن يتصور دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب «الفتح: ٤/ ٢٣١».

وإليك خلاصة أحكام معاملة البهائم والنفقة عليها كما اتفقت عليها المذاهب الاجتهادية:

أ ـ في الرفق:

يحرم على مالك الدابة تكليفها ما لا تطيق من ثقل الحمل أو إدامة السير أو غير ذلك.

ويحرم عليه وسم الدابة وكيها في مكان يؤلمها وخاصة في وجهها إذا كان ذلك لغير العلاج.

ويحرم عليه ضربها وخاصة في الوجه، إلا بقدر الحاجة، وكذلك نخسها بما يؤلمها ويسيل دمها.

ويحرم عليه نتف صوفها من أصل ظهرها بخلاف القص، لما فيه من تعذيب الحيوان.

ويحرم عليه التحريش بين الديكة أو الثيران أو غيرها لما فيه من تعذيبها.

ويحرم عليه أن يحلب الدابة إذا كان الحلب يضر بها لقلة علفها، كما يحرم عليه ترك حلبها إذا كان يضر بها، فإن لم يضرها كره ذلك لما فيه من إضاعة المال.

ويسن أن لا يستقصي الحالب في الحلب بل يدع في الضرع شيئاً.

ويسن أن يقلم أظفاره لئلا يؤذيها عند الحلب.

ويجب عليه أن يحد شفرته عند الذبح ويريح الدابة بعد ذلك قبل السلخ، لقوله ﷺ: **«إن الله كتب الإحسان في كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»** (رواه مسلم).

ب ـ في النفقة:

تجب نفقة الدابة من علف وسقيا على قدر كفايتها، والنفقة الواجبة هي لكل حيوان محترم (الدم والروح) أي ما كان غير مؤذ، أما الحيوان المؤذي فإما أن يقتله وإما أن يخلي سبيله، ولا يجوز له حبسه ليموت جوعاً، للحديث السابق.

وإذا كان للدابة ولد يحتاج إلى لبنها فلا يجوز حلبها بما يضر ولدها، وإنما

يحلب ما زاد عن شبعه، وإذا لم يكف لبنها لشبعه فعلى مالكها أن يشتري له لبناً، لأن نفقة البهيمة واجبة عليه كنفقة أمها. ولا يجوز له أن يعدل بولد الدابة عن لبن أمه إلى لبن غيرها إذا استمرأه، وإلا فهو أحق بلبن أمه.

ويجب على مالك النحل أن يبقي له شيئاً من العسل في الكوارة[1] بقدر حاجته إذا لم يكفه غيره، وقال بعضهم: يشوي دجاجة ويعلقها بباب الكوارة ليأكل النحل منها.

ويجب على مالك دود القز علفه بورق التوت، أو تخليته لئلا يهلك.

ونفقة الطيور كأحكام الدابة في الوجوب وفيما ذكرناه من أحكام.

ويجب نفقة البهائم العاجزة على مالكها كذلك، وإذا التجأت هرة عمياء إلى بيت إنسان وجبت عليه نفقتها[2].

عند الامتناع:

للقاضي أن يبيع مال المالك للحيوان للإنفاق عليه، وإذا أصر المالك على الامتناع عن الإنفاق، فإذا كان الحيوان غير مأكول اللحم أجبره القاضي على واحد من ثلاثة أمور: ١ـ علفه، ٢ـ بيعه أو نقله عن ملكه بوجه من الوجوه، ٣ـ تسييبه إلى مكان يجد فيه ما يأكله، وإن كان الحيوان مأكول اللحم زاد على ذلك أمراً رابعاً هو ذبحه.

وإذا لم يكن للمالك مال ينفق منه على الدابة، باعها الحاكم أو أكراها.

فإذا لم يمكن بيعها ولا كراؤها، كانت نفقتها في بيت المال.

فإن لم يكن في بيت المال مال، وجبت نفقتها على أغنياء المسلمين، وهكذا الحكم في كل نفقة تجب على بيت المال.

ج، د ـ نفقة النبات والجماد

الزروع والأشجار:

من كان له زرع أو شجر يحتاج إلى سقي بالماء أو تعهد بالإصلاح،

---

(١) بضم الكاف وكسرها وبتخفيف الواو وتثقيلها: خلية النحل.

(٢) نقله المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم في «نظام النفقات» عن كتب المالكية «ص ١٠٧».

فالجمهور على أنه يكره ترك ذلك حتى يهلك الزرع والشجر، وقيل بل يجب، لأن في ترك السقي والإصلاح إضاعة للمال، وهو منهي عنه بنص الحديث، أما إذا كان الزرع أو الشجر وقفاً أو ملكاً لأولاد صغار أو لقاصرين، فيجب على الولي أو الوصي تعهده بالسقيا والإصلاح، لأنه لا يملك إضاعة مال الصغير، ولا التفريط في مال الوقف، بل يجب عليه فعل الأصلح[1].

الدور والأراضي:

وكذلك الحكم في الدور والأراضي، وإن كانت وقفاً أو ملكاً للقاصرين وجب إصلاحها وتعميرها، وإن كانت ملكاً لشخص راشد يكره له ترك ذلك، وقيل: يجب لما فيه من إضاعة المال.

النبات أو العقار المشترك:

إذا كان النبات أو العقار ملكاً مشتركاً وكان لا يقبل القسمة، فنفقته واجبة على كل من الشريكين، فإذا امتنع أحدهما أجبره القاضي على الإنفاق إحياءً لحق شريكه، فإن امتنع كان للآخر أن ينفق ويرجع على شريكه بنصيبه[2].

هـ ـ نفقات أُخرى

هناك نفقات أخرى واجبة، كسد رمق المضطر المشرف على الهلاك، فيجب على كل مقتدر يعلم به أن يسرع إلى إسعافه بما يدفع عنه الخطر، كذلك من يحتاج إلى علاج أو سكنى أو غيرها ولا يعلم به إلا من اطلع عليه، وهو قادر على الإنفاق، وجب عليه أن ينفق.

ومما يذكره الفقهاء في هذا الصدد أن إنساناً لو منع عنه الماء، وكان الممنوع يخاف على نفسه ودابته من الهلاك عطشاً، ولم يجد ماءً غيره كان عليه أن يقاتل مانعه بالسلاح دفاعاً عن نفسه ودابته، قال **أبو يوسف** صاحب **أبي حنيفة**: لو أن صاحب النهر أو العين أو البئر أو القناة منع ابن السبيل من الشرب منها أو أن

---

(١) راجع في أحكام نفقة الحيوان المصادر الفقهية السابقة وخاصة: البجيرمي على الخطيب: ٤/ ٧١.

(٢) انظر ما سيأتي عن ابن حزم في هذا الموضوع في بحث مشروعية الإرث في الجزء الثالث من هذا الكتاب.

يسقي دابته أو بعيره أو شاته، حتى يخاف على نفسه، فإن أصحابنا (أبا حنيفة وتلاميذه) كانوا يرون القتال على الماء - إذا خاف الرجل على نفسه - بالسلاح إذا كان بالماء فضل عمن هو معه، ولا يرون ذلك في الطعام، ويرون فيه الأخذ والغصب من غير قتال، . . ويحتجون في ذلك بحديث عمر في القوم السفر الذين وردوا ماءً فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها . . فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: هلا وضعتم السلاح[1]؟!

وروى يحيى بن آدم عن ابن بريدة: منع فضل الماء بعد الري من الكبائر[2].

واختلفوا في بذل الماء أو الطعام للمضطر إذا كان فاضلاً عن حاجة مالكه: هل يجب بذله بالثمن أو بالمجان؟ فالأكثرون على أنه يبذله بالثمن، والصحيح وجوب بذله بالمجان لمن لا يملك الثمن، لأن مالكه غير محتاج إليه، وذلك محتاج والله تعالى أمر بإنقاذ النفوس من الهلاك، وبالتعاون على البر والتقوى، ومن التقوى والبر إحياء المهج والأرواح، ووصف الله صحابة رسوله بأنهم يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة.

(١) الخراج لأبي يوسف: ٩٧.

(٢) كتاب الخراج ليحيى بن آدم القرشي: ١٠٢.

خاتمة

في أبحاث لم يذكرها القانون

لم يتعرض القانون في بحث انحلال الزواج لمباحث يذكرها الفقهاء ضمن أبحاث الطلاق، وهذا مما أغفله القانون من أمور تقع في المجتمع، لذلك نذكرها هنا ـ كما هي في مذهب أبي حنيفة ـ استكمالاً للموضوع.

أ ـ الإيلاء

قال الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة].

هذه الآية نصت على حكم الإيلاء، وهو أن يقسم الزوج أن لا يقرب زوجته مدة تستغرق أربعة أشهر فأكثر. أو يلزم نفسه عبادة فيها مشقة إذا قرب زوجته، كقوله: لله علي حج أو صوم أو صدقة بمبلغ غير زهيد ـ كمائة ليرة مثلاً ـ إن قربت زوجتي، فإذا قال ذلك تربص أربعة أشهر فقط ـ لا أكثر ـ فإن عاد إلى زوجته خلالها لزمته كفارة يمين، ولا شيء عليه غير ذلك، وإن انتهت الأربعة الأشهر دون أن يفيء إلى زوجته، طلقت منه طلقة واحدة بائنة.

ب ـ الظهار

قال الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ﴿٢﴾ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة].

وفي الحديث عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكوه إليه وهو يجادلني ويقول: **«إتقي الله فإنما هو ابن عمك»**، فما برحت حتى أنزل القرآن (آيات الظهار) فقال

عليه السلام: **«يعتق رقبة»**، قالت: لا يجد، قال: **«فيصوم شهرين متتابعين»**، قالت: إنه شيخ كبير لا يستطيع أن يصوم، قال: **«يطعم ستين مسكيناً»**، قالت: ليس عنده شيء يتصدق به، قال: **«فإني أعينه بعرق من تمر»**، قالت: يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر، قال: **«أحسنت إذهبي فاطعميها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك»** والعرق ستون صاعاً[1].

الظهار هو أن يشبه الرجل امرأته بأمه أو بإحدى محارمه التي تحرم عليه على التأبيد، كأن يقول لها: أنت علي حرام كظهر أمي أو أختي أو عمتي، فإن قال: أنت كأمي ولم ينو الظهار لم يكن مظاهراً، إذ يكون معناه حينئذ أنها مثل أمه في الإكرام والحب.

وقد كان الظهار في الجاهلية طلاقاً، فجعله الإسلام تحريماً مؤقتاً لمقاربة الرجل زوجته بالجماع أو بدواعيه، حتى يؤدي الكفارة المنصوص عنها في الآيات السابقة، وهي على هذا الترتيب:

١ ـ عتق رقبة أية رقبة كانت، مسلماً كان العبد أو غير مسلم، بشرط السلامة من العيوب.

٢ ـ فإن لم يستطع فصيام شهرين متتابعين، بحيث لو أفطر خلالهما يوماً واحداً، لزمه ابتداء الصيام من جديد.

فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، يعطي كل واحد منهم نصف صاع من بر، أو صاعاً من شعير، أو يطعم كل مسكين غداءً وعشاءً كاملين مشبعين، أو يعطيهم قيمة ذلك.

فإذا فعل ذلك حل له أن يقارب زوجته، وإلا لم يجز له، ولزوجته منعه حتى يؤدي الكفارة، ويجبره القاضي على ذلك.

والحكمة من هذا تأديب الزوج على عبثه بحرمة الزواج وحق الزوجة.

ولا يصح الظهار إلا من زوج بالغ عاقل، ولا يقع إلا على زوجة في عقد صحيح، ولا يصح ظهار المرأة من زوجها.

انتهى الجزء الأول، ويليه الجزء الثاني في أحكام الأهلية والوصية
والحمد لله رب العالمين

---

(١) رواه أبو داود.

مراجع الكتاب

قد ذكرنا أكثر مصادر الأبحاث الواردة في هذا الكتاب، فيما مر معنا عند بحث الأحكام مفصلة في مواضعها، وهنالك مصادر أخرى سنذكرها في آخر الجزء الثالث من هذا الكتاب (المواريث) حين نذكر مجموع مراجع الكتاب في أجزائه الثلاثة إن شاء الله.

الفهارس

أ ـ فهرس الملاحظات على القانون

البحث الذي أوردنا ملاحظاتنا حوله	رقم المادة القانونية	رقم الصفحة
تعريف الزواج	١	٣٣
حكم المهر عند العدول	٤	٦٩
الشروط المطلوبة في شهود عقد الزواج	١٢	١٠٥
حول سن الأهلية في الزواج	١٦	١٢٢
حول علائم الرضا، والخلاف في صحة عقد الزواج بلفظ المرأة	٢٠	١٣٣
منح حق الولاية في الزواج للعصبات المحارم	٢١	١٤٠
حول الزواج الباطل	٤٨	١٧٣
في نفقة العدة	٨٤	٢٠٨
التفريق للعلل	١٠٥ ـ ١٠٨	٢٣٦
التفريق للغيبة	١٠٩	٢٣٨
التفريق لعدم الإنفاق	١١٠	٢٤٠
حول الطلاق التعسفي	١١٧	٢٤٣
حول تعريف ممتدة الطهر	١٢١	٢٥٢
حول أبحاث النسب	١٣٢	٢٦٥
حول أبحاث الحضانة جملة	١٣٧ ـ ١٥١	٢٧٦
حول أحكام الرضاع	١٥٢ ـ ١٥٣	٢٨١
حول أحكام النفقات عامة	١٥٤ ـ ١٦١	٣١١

ب ـ فهرس أبحاث الكتاب

الموضوع	الصفحة
مقدمة الطبعة الخامسة	٥
تنبيه	٦
تمهيد	١١
أ ـ في معنى الأحوال الشخصية	١١
ب ـ في تطور تقنين الأحوال الشخصية	١١
جـ ـ من أين استمد القانون أحكامه	١٦
الكتاب الأول:	
في الزواج وآثاره	٢١
الباب الأول	
(في الزواج والخطبة)	٢٣
تمهيد عن نظام الزواج في الإسلام .	٢٥
تعريف الزواج لغة وشرعاً	٣٣
هل الزواج عقد ديني أم مدني؟	٣٥
حكم الزواج في الشرائع	٣٧
أ ـ في اليهودية	٣٨
ب ـ في المسيحية	٤٠
جـ ـ في الإسلام	٤٤
مقدمات الزواج	
أ ـ النظر	٥٠
الآراء الفقهية في حدود النظر المباح	٥٠
ب ـ الخطبة	٥٢
من لا تجوز خطبتها	٥٢
حكم زواج المخطوبة	٥٤
خطبة المرأة على المرأة	٥٥
الخطبة ليست زواجاً	٥٥
آثار العدول عن الخطبة	٥٦
أ ـ حكم المهر عند العدول	٥٧
آراء المذاهب الإسلامية	٥٩
ما جاء في القوانين العربية	٦٠
ب ـ التعويض عن ضرر العدول ...	٦٠
في الفقه الإسلامي القديم	٦٠
في الفقه الإسلامي الحديث	٦١
في القضاء المدني	٦٦
أولاً ـ عدم التعويض	٦٨
ثانياً ـ جواز التعويض	٦٨
الباب الثاني	
أركان العقد وشرائطه	٧١
الفصل الأول: (الرضاء والعلانية)	٧٣
الإيجاب والقبول	٧٣
أبحاث في الإيجاب والقبول	٧٤
أولاً المادة اللفظية وخلاف المذاهب	٧٤
الألفاظ المصحفة	٧٦
هل يشترط التكلم بالعربية؟	٧٦
موقف القانون	٧٧

الموضوع	الصفحة
ثانياً ـ الصيغة اللفظية	٧٧
ثالثاً ـ تأبيد العقد	٧٨
الخلاف في المتعة	٧٩
ـ حجة الإمامية	٧٩
ـ حجة الجمهور	٨٠
ـ أجوبتهم على أدلة الإمامية	٨١
ـ موقف ابن عباس	٨٢
الخلاف في الزواج المؤقت	٨٥
العقد عن طريق الكتابة	٨٥
الوكالة في عقد الزواج	٨٧
أنواع الوكالة	٨٧
هل يتولى الواحد طرفي العقد	٨٩
ـ مذهب الشافعي وزفر	٨٩
ـ مذهب أبي حنيفة ومحمد	٨٩
ـ مذهب أبي يوسف	٩٠
هل يزوج الوكيل من نفسه؟	٩١
العقد بالإشارة	٩١
العقد بالتعاطي	٩٢
شروط الزواج	٩٤
ـ شروط الانعقاد	٩٤
شروط الصحة	٩٧
الشهادة في عقد الزواج	٩٧
إتفاق الشرائع	٩٧
في الشرع اليهودي والمسيحي	٩٧
في الشريعة الإسلامية	٩٨
دليل الجمهور في الإشهاد	٩٨
دليل مالك	٩٩
جواب الجمهور على أدلة مالك	٩٩
مبحث أصولي حول موقف الحنفية	١٠٠
العدد في الشهادة	١٠١

الموضوع	الصفحة
هل يكتفى بشهادة رجل وامرأتين	١٠١
الشروط المطلوبة في الشهود	١٠٢
العقد المضاف والمعلق	١٠٦
الشروط في عقد الزواج	١٠٨
تمهيد الشروط في عقود المعاملات	١٠٨
في عقود الزواج :	١٠٩
ـ في المذهب الشافعي	١٠٩
ـ في المذهب الحنفي	١٠٩
ـ مذهب المالكية	١١١
ـ مذهب الحنابلة	١١١
مذهب الشيعة الإمامية	١١٢
مواطن الإجماع والخلاف	١١٢
ما ذهب إليه القانون	١١٣
أهلية الزوجين	١١٥
حكم زواج الصغار ومذاهب الفقهاء في ذلك	١١٥
العقل وحكم زواج المجانين	١١٨
موقف القانون	١١٩
سن البلوغ	١٢١
ـ عند الفقهاء	١٢١
في القانون	١٢٢
مقارنات	١٢٤
في القوانين الأجنبية	١٢٥
زواج البالغين :	١٢٧
ـ بين الرضا والإجبار	١٢٧
ـ علامة الرضا	١٢٩
ـ الزواج من غير ولي	١٣٠
ـ عقد المرأة للزواج	١٣٣
موقف القانون	١٣٣

الموضوع	الصفحة
فقدان الأهلية الاعتبارية	١٣٤
الفصل الثالث: (الولاية في الزواج) . .	١٣٦
معنى الولاية	١٣٦
أقسام الولاية: ولاية النفس	١٣٦
أسباب الولاية	١٣٧
ولاية القرابة وترتيبها	١٣٧
ـ مذهب المالكية	١٣٧
مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية .	١٣٨
ولاية ذوي الأرحام	١٣٩
عند الشيعة	١٤٠
مواطن الاتفاق والاختلاف	١٤٠
موقف القانون	١٤٠
شروط الولي وموقف القانون منها ..	١٤١
تعدد الأولياء	١٤٢
غيبة الولي	١٤٢
فقد الأولياء	١٤٣
حدود ولاية القاضي	١٤٣
الفصل الرابع: (الكفاءة)	١٤٥
شروط اللزوم	١٤٥
أبحاث في الكفاءة:	١٤٧
١ ـ تعريفها	١٤٧
٢ ـ دليل اشتراطها	١٤٧
٣ ـ هل الكفاءة شرط صحة أم شرط لزوم:	١٤٨
٤ ـ بماذا تكون الكفاءة	١٤٩
٥ ـ الكفاءة في القانون	١٥٤
٦ ـ الكفاءة من جانب الرجل	١٥٥
٧ ـ لمن حق الكفاءة	١٥٥
٨ ـ عند تعدد الأولياء	١٥٦
٩ ـ متى يسقط حق الكفاءة	١٥٦

الموضوع	الصفحة
١٠ ـ متى تراعى الكفاءة	١٥٦
١١ ـ التغرير بالكفاءة	١٥٧
شروط النفاذ	١٥٧
الفصل الخامس: (المحارم من النساء)	١٥٨
المحرمات المؤبدة:	١٥٨
١ ـ حرمة القرابة	١٥٨
٢ ـ حرمة المصاهرة	١٥٩
٣ ـ حرمه الرضاع	١٦٠
ـ شروط الرضاع المحرم	١٦٢
ـ مسألة لبن الفحل	١٦٢
ـ حكمة التحريم بالرضاع	١٦٣
المحرمات المؤقتة	١٦٣
حكمة تعدد الزوجات	١٦٥
الحالات الشخصية التي تبيح التعدد	١٦٥
الحالات الاجتماعية التي تبيح التعدد	١٦٦
أحكام القانون	١٦٧
الفصل السادس: (معاملات الزواج الإدارية)	١٦٨

الباب الثالث

الموضوع	الصفحة
(أنواع الزواج وأحكامها)	١٧١
الزواج الصحيح والفاسد	١٧٣
الزواج الباطل	١٧٣
حكمة منع زواج المسلمة بغير المسلم	١٧٤
ـ مناقشة للشبهات	١٧٦
ـ موقف القانون	١٧٨
آثار الزواج الصحيح	١٧٨
آثار الزواج الباطل	١٧٩
آثار الزواج الفاسد	١٧٩
آثار الزواج الموقوف	١٨٠
آثار العقد غير اللازم	١٨١

الموضوع	الصفحة
الباب الرابع	
(آثار الزواج)	١٨٣
الفصل الأول: (المهر)	١٨٥
أحكام المهر ـ تعريفه وحكمه	١٨٥
ـ حد المهر	١٨٦
تعجيل المهر وتأجيله	١٨٧
ـ الزيادة والنقصان في المهر	١٨٨
قبض الولي للمهر	١٨٨
أحكام الخلوة	١٩٠
معنى الخلوة وأقسامها	١٩٠
الخلوة الصحيحة	١٩٠
الخلوة الفاسدة	١٩٢
الخلاف في اعتبار الخلوة	١٩٢
أحكام الخلوة الصحيحة	١٩٢
الموت قبل الدخول..........	١٩٤
أحوال المهر	١٩٤
وجوب كل المهر	١٩٤
وجوب نصف المهر	١٩٥
سقوط المهر كله	١٩٥
مهر المثل	١٩٥
نكاح الشغار	١٩٦
مؤكدات مهر المثل	١٩٦
كيف يتحدد مهر المثل	١٩٦
أبحاث المتعة	١٩٧
الأقل من المسمى ومهر المثل	١٩٨
المحاباة في المهر	١٩٨
الفصل الثاني: (المسكن)	١٩٩
الفصل الثالث: (النفقة)	٢٠١
أ ـ النفقة الزوجية	٢٠١
متى تجب النفقة؟	٢٠٢
الزوجة المحترفة	٢٠٣
الزوجة الناشز	٢٠٤
تقرير النفقة	٢٠٤
تعديل النفقة	٢٠٥
الحكم بالنفقة	٢٠٦
سقوط النفقة	٢٠٦
إعسار الزوج	٢٠٦
كيف تقدر النفقة	٢٠٧
الإسلاف أثناء الدعوى	٢٠٧
ب ـ نفقة العدة	٢٠٨
الكتاب الثاني	
انحلال الزواج	٢٠٩
الباب الأول	
(في الطلاق وأحكامه)	٢١١
تمهيد في حكمة الطلاق ومبرراته ..	٢١٣
موقف اليهودية والنصرانية من الطلاق	٢١٣
موقف الإسلام ومجمل نظام الطلاق فيه	٢١٣
لماذا جعل الطلاق في يد الرجل؟	٢١٥
طرق انحلال الزواج	
أولاً ـ الطلاق	٢١٧
من يملك الطلاق	٢١٧
على من يقع الطلاق	٢١٧
بماذا يقع الطلاق؟	٢١٨
الوكالة في الطلاق	٢١٨
ممن يقع الطلاق؟	٢١٨
اليمين بالطلاق	٢١٩
عدد الطلقات	٢١٩

الموضوع	الصفحة
النية في ألفاظ الطلاق	٢٢٠
الطلاق الرجعي والبائن	٢٢١
البينونة الصغرى والكبرى	٢٢١
الباب الثاني	
المخالعة	٢٢٣
تعريف الخلع وشروط صحته	٢٢٥
متى يتم الخلع وبماذا يصح؟	٢٢٥
آثار الخلع	٢٢٦
الخلع من غير بدل	٢٢٦
نفقة العدة في الخلع	٢٢٦
بدل الخلع ورضاع الطفل	٢٢٧
بدل الخلع وحضانة الطفل	٢٢٧
دين الخلع ونفقة الولد	٢٢٨
الباب الثالث	
التفريق	٢٢٩
أ ـ التفريق للعلل	٢٣١
مذهب العلماء في العلل	٢٣١
أحكام العلل الجنسية	٢٣٣
شروط التفريق	٢٣٤
حدوث العلل بعد الزواج	٢٣٤
هل التفريق طلاق أم فسخ	٢٣٥
مع القانون	٢٣٥
ب ـ التفريق للغيبية	٢٣٦
التفريق للحبس	٢٣٧
مع القانون	٢٣٧
جـ ـ التفريق لعدم الإنفاق	٢٣٨
التطليق لعدم الإنفاق رجعي	٢٤٠
نص القانون	٢٤٠
د ـ التفريق للشقاق	٢٤٠
هـ ـ طلاق التعسف	٢٤٢

الموضوع	الصفحة
١ ـ الطلاق في مرض الموت	٢٤٢
ـ نص القانون	٢٤٣
٢ ـ الطلاق من غير سبب	٢٤٣
الباب الرابع	
آثار انحلال الزواج	٢٤٥
أ ـ آثار الزوجية	٢٤٧
أ ـ في الطلاق الرجعي	٢٤٧
معنى الرجعة وبماذا تكون	٢٤٧
هل تسقط الرجعة بالإسقاط؟	٢٤٨
صيغة الرجعة القولية	٢٤٨
اعلام المرأة بالرجعة	٢٤٨
الإشهاد على الرجعة القولية	٢٤٨
إنقلاب الطلاق الرجعي إلى بائن	٢٤٨
ب ـ في الطلاق البائن	٢٤٩
ب ـ العدة	٢٥٠
معناها وسببها وحكمة مشروعيتها	٢٥٠
متى تجب العدة	٢٥٠
أنواع العدة	٢٥٠
١ ـ العدة بالأقراء	٢٥١
٢ ـ العدة بمضي زمن معين	٢٥١
٣ ـ العدة بوضع الحمل	٢٥٢
٤ ـ العدة بأبعد الأجلين	٢٥٢
ابتداء العدة وانتقالها	٢٥٣
أبحاث تتعلق بالعدة	٢٥٣
أ ـ الاحتباس في البيت	٢٥٣
ب ـ الإحداد	٢٥٤
الكتاب الثالث	
الولادة ونتائجها	٢٥٧
أولاً ـ النسب	٢٥٩

الموضوع	الصفحة
حالات ثبوت النسب: تمهيد	٢٥٩
أقل مدة الحمل	٢٥٩
أكثر مدة الحمل	٢٦٠
ـ في الزواج الصحيح	٢٦٢
ـ بعد الفرقة أو الوفاة	٢٦٤
ـ في الزواج الفاسد والدخول بشبهة ..	٢٦٤
الخلاف في الولادة والمولود	٢٦٥
آثار ثبوت النسب	٢٦٥
الإقرار بالنسب	٢٦٥
أ ـ الإقرار بنسب محمول على نفس المقر	٢٦٦
إقرار الزوجة	٢٦٦
الأحكام القانونية	٢٦٧
ب ـ الإقرار بنسب محمول على الغير	٢٦٧
ثانياً ـ الحضانة	٢٦٨
شروط أهلية الحضانة	٢٦٨
درجات إستحقاق الحضانة	٢٦٩
١ ـ من النساء	٢٦٩
٢ ـ من الرجال	٢٧٠
تعدد أصحاب الحق	٢٧١
سلب الحضانة وعودتها	٢٧١
هل تجبر الأم على الحضانة	٢٧١
أجرة الحضانة	٢٧٢
إتحاد الدين	٢٧٢
فسق الحاضنة	٢٧٣
الانتقال بالصغير	٢٧٣
١ ـ حال قيام الزوجية	٢٧٣
٢ ـ في حال العدة	٢٧٣
ـ بعد إنقضاء العدة	٢٧٣

الموضوع	الصفحة
مدة الحضانة	٢٧٤
نشوز المرأة	٢٧٥
بعد انتهاء الحضانة	٢٧٥
ثالثاً ـ الرضاع	٢٧٨
أ ـ هل تجبر الأم على الإرضاع	٢٧٨
ب ـ إستئجار المرضع	٢٧٨
جـ ـ هل تعطى الأم أجرة الرضاع	٢٧٩
د ـ بين الأم والمتبرعة بالرضاع	٢٧٩
متى تبدأ أجرة الرضاع	٢٨٠
مدة الرضاعة	٢٨٠
هل تلزم الأب نفقة غير الإرضاع	٢٨٠
ما تكلف به المرضع	٢٨١
ملاحظات على القانون	٢٨١
رابعاً ـ نفقة الأقارب	٢٨٣
تمهيد عن نظام النفقات في الإسلام	٢٨٣
آراء المذاهب في نفقة الأقرباء	٢٨٤
المجمع على وجوب نفقتهم	٢٨٥
شروط النفقة	٢٨٦
إتحاد الدين	٢٨٦
حد اليسار	٢٨٧
الفقر أو الإعسار	٢٨٩
العجز عن الكسب	٢٩٠
القدرة على الاكتساب غنى	٢٩٠
الأخرق، وحكم البطالة	٢٩٣
قاعدة عامة فيمن يستحق النفقة	٢٩٤
ما هي النفقة الواجبة	٢٩٤
هل التزويج من النفقة الواجبة	٢٩٥
نفقة زوجة الابن، وزوجة الأب ...	٢٩٦
هل تتوقف النفقة على القضاء	٢٩٧
هل يقضى بالنفقة على الغائب؟ ...	٢٩٧

الموضوع	الصفحة
متى تسقط النفقة	٢٩٨
تعدد المستحقين للنفقة	٢٩٩
الامتناع عن النفقة	٢٩٩
فقد القريب الموسر	٣٠٠
الأحكام التفصيلية:	
لمن يستحق النفقة من الأقرباء	٣٠١
١ ـ الأولاد	٣٠١
١ ـ الصبي الصغير	٣٠٢
٢ ـ الابن الكبير	٣٠٢
٣ ـ البنت	٣٠٢
النفقة على الأب وحده	٣٠٢
ـ عند عجز الأب	٣٠٣
نفقة أولاد الأولاد	٣٠٣
٢ ـ الأبوان	٣٠٣
قدرة الأب على الاكتساب	٣٠٤
نفقة الأبوين عند عجز الابن	٣٠٥
٣ ـ الأقرباء	٣٠٦
تعدد من تجب عليهم النفقة	٣٠٧
ـ في المذهب الحنبلي	٣٠٩
مع القانون	٣١٠
ملاحظات على القانون	٣١١
تتمة أبحاث النفقات	٣١٤
أ ـ نفقات الأرقاء	٣١٥
تمهيد عن نظام الرق	٣١٥
أحكام نفقات الأرقاء	٣١٧
ـ في المعاملة	٣١٧
ـ في النفقة	٣١٨
ـ عند الفقر أو الامتناع	٣١٩
ب ـ نفقة الحيوان	٣٢٠
ـ الأدلة	٣٢٠
ـ في الرفق	٣٢٢
ـ في النفقة	٣٢٢
عند الامتناع	٣٢٣
ج، د ـ نفقة النبات والجماد	٣٢٣
ـ الزروع والأشجار	٣٢٣
ـ الدور والأراضي	٣٢٤
ـ النباتات أو العقار المشترك	٣٢٤
هـ ـ نفقات أخرى	٣٢٤
خاتمة	٣٢٦
أ ـ الإيلاء	٣٢٦
ب ـ الظهار	٣٢٦
مراجع الكتاب	٣٢٨
الفهارس	٣٢٩
أ ـ فهرس الملاحظات على القانون	٣٢٩
ب ـ فهرس أبحاث الكتاب	٣٣٠

شَرْح قَانُون
الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة

الجُزْءُ الثَّانِي

أَحْكَامُ الأَهْلِيَّةِ وَالوَصِيَّة

تأليف

الدكتور مُصطفى السِّباعي

مقدمة الطبعة الخامسة

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وَبَعْدُ، فهذا هو الجزء الثاني من شرح قانون الأحوال الشخصية المعمول به في الجمهورية العربية السورية، وهو خاص بأبحاث الأهلية وأحكامها، والوصية وشروطها وأحكامها، مع مقارنة بين قانوننا والقوانين المعمول بها في مصر. وكنا نودّ التوسع في بعض هذه الأبحاث مما أجملناه في الطبعات السابقة، أو أغفلنا ذكره والتحدث عنه، ولكن حاجة الطلاب إلى سرعة إنجاز طبع الكتاب قبل انتهاء العام الدراسي اضطرتنا إلى إعادة طبعه كما كان، مع تصحيح للأخطاء المطبعية بقدر الإمكان.

ونسأل الله العفو والعافية وخير الدنيا والآخرة.

دمشق ١٩ من رمضان ١٣٨٢ هـ

١٦ من شباط ١٩٦٣ م

مصطفى السباعي

القســم الأول

وهو يتضمن أبحاث:

الأهلية والحجر والولاية والأوصياء

أبحاث الأهلية والنيابة الشرعية

وفيها خمسة فصول:

الفصل الأول - في الأهلية وعوارضها.

الفصل الثاني - الحجر وأسبابه.

الفصل الثالث - في الولاية وأقسامها.

الفصل الرابع - في الوصاية والأوصياء.

الفصل الخامس - في القوامة والوكالة القضائية.

الفصـــل الأول
في الأهلية وعوارضها

تعريف الأهلية:

ليس كل إنسان تصح منه تصرفاته كلها أو بعضها في نظر الشريعة والقانون، بل لا بدّ من اتصافه بصفات تجعله أهلاً لقبول الأحكام الشرعية، وتحمُّل المسؤوليات والتزام الآثار المترتبة على أعماله، وهذا هو معنى الأهلية، فهي:

صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً للخطاب بالأحكام الشرعية[1] هذا وقد عرّفها علماء الأصول بتعاريف متعددة، ولكن ما ذكرناه أشمل وأدق[2].

أقسام الأهليّة:

وهذه الأهلية تختلف قوة وضعفاً، باختلاف المراحل التي يمر بها الإنسان، منذ تكوينه جنيناً في بطن أمه إلى أن يصل إلى سن الرشد، وهي بذلك تقسم إلى قسمين:

أ ـ أهلية الوجوب:

وهي أن يكون الشخص صالحاً لثبوت الحق له وثبوته عليه، ومناط ذلك، الصفة الإنسانية فحسب، من غير نظر إلى سنٍّ أو عقلٍ، وهي نوعان:

١ ـ **ناقصة**، بحيث لا تؤهل صاحبها إلا لثبوت الحق له، من غير أن يكون أهلاً لثبوت الحق عليه، وذلك في الجنين فحسب. فإنه منذ تتأكد حياته في بطن أمه حتى يولد، أهل لثبوت الإرث والوصية له والوقف عليه وثبوت نسبه من أبيه،

---

(١) الحكم الشرعي هو وصف الفعل الذي يقع من المكلف: إما بالحرمة أو الوجوب أو الندب أو الكراهة أو الإباحة. ولا يخلو فعل ما من أفعال الإنسان عن حكم من هذه الأحكام.

(٢) المدخل الفقهي العام: ٧٣٣ (الطبعة الخامسة).

وليس أهلاً لثبوت الحق عليه، فلا يصح أن يشتري له أبوه شيئاً، ولا أن يوهب له شيء، ولا أن يلزم بنفقة قريب أو غيره.

ذلك لأنه ـ ما دام جنيناً ـ فيه صفتان: الاستقلال والتبعية، أما الاستقلال فلأنه نفس حيّة لها كيانها ومقوماتها الإنسانية، وأما التبعية فلأنه لا يزال مرتبطاً بأمه يتحرك بحركاتها ويستقر باستقرارها، وكان مقتضى هذه التبعية أن لا يثبت له شيء من الحقوق؛ إرثاً أو وصية أو وقفاً، ولكن الشارع راعى فيه صفة الاستقلال لما ذكرناه، فأعطاه بعض الحقوق ومنعه من بعض.

٢ ـ **كاملة**، وهي أن يكون صاحبها أهلاً لثبوت الحق له وعليه، بحيث تطالب ذمته بالالتزامات المالية، وذلك هو المجنون، والصغير منذ ولادته حتى يصل إلى سن التمييز، فكل واحد منهما تصح له الهبة والوصية، ويثبت له الإرث وتلزمه في ماله قيمة ما أتلف من مال الغير، فهو كامل أهلية الوجوب لأن الصفة الإنسانية فيه كاملة، وهو مستقل في وجوده الإنساني، وإنما لم يعاقب فيما يجني أو يتلف، عقوبة جسمية أو أخروية، لأن العقوبة تترتب على اكتمال العقل ووجود الإرادة، وهو ـ في صغره أو جنونه ـ لا يتصور منه إرادة الجناية والعدوان، فانتفت عنه العقوبة والإثم عند الله عزّ وجلّ، وما يلزم به من ضمان ما أتلفه من مال الغير، لم يكن على سبيل العقوبة له، بل هو لضمان حق الغير ما دام في ماله متسع لهذا الضمان.

وقصارى القول أن المجنون والصغير غير المميز، إذا أتلفا مالاً للغير أو وقعت منهما جناية، لا يعاقبان شخصيّاً، لأنهما ليسا أهلاً للعقوبة، وفي أموالهما ضمان ما أتلفاه على سبيل الجناية، رعاية لحقوق الآخرين واحتراماً لملكيتهم.

وإنما قيدنا ضمان ما أتلفاه بأن يكون «على سبيل الجناية» لأنهما لو أتلفا مالاً من غير جناية منهما، لا يضمنان ذلك في أموالهما، فمن أودع صبيّاً صغيراً أمانة فأتلفها، لا ضمان عليه في ماله قيمة ما أتلفه، لأن الصغير ليس أهلاً لأن يودع منه، فالتقصير ناشئ من المودع فيتحمل أثر تقصيره وإهماله.

وحيث ثبت أن للصغير والمجنون أهلية وجوب كاملة، كان في أموالهما جميع الديون المتعلقة بالأموال، كالضرائب والخراج والعشور، ونفقات الأقارب والزكاة على رأي الأئمة الثلاثة الذين يذهبون إلى أنها ضريبة مالية تتعلق بالمال، خلافاً لأبي حنيفة الذي يعتبر الزكاة عبادة مالية، والإنسان لا يطالب بالعبادة قبل

اكتمال عقله، فلا تجب ـ عنده ـ الزكاة في مال الصغير غير المميز ولا المجنون.

ب ـ أهلية الأداء:

وهي أن يكون الشخص صالحاً لممارسة الأعمال التي تترتب عليها آثار شرعية، ومناط هذه الأهلية العقل والإدراك، وهي نوعان أيضاً:

١ ـ **قاصرة**: بحيث تصح من صاحبها العبادات، ولكنه لا يطالب بها، وتصح منه بعض التصرفات التي هي محض النفع له، وذلك في الصبي المميز والمعتوه.

أما الصبي المميز فهو من بلغ من الإدراك حدّاً يفرّق فيه بين معنى الأخذ ومعنى العطاء، وبين معنى البيع ومعنى الشراء، والتمييز في الصبي ليس له في الحقيقة سن معينة، لاختلافه في الأشخاص بحسب الفطرة والذكاء والبيئة والظرف، وإنما اعتبر الفقهاء له سنّاً ينطبق على أكثر الصبيان، وهو تمام السابعة من العمر، ولعل الفقهاء استأنسوا في تقدير التمييز بهذه السن، من قوله ﷺ: **«مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين»**[(١)] فإن الشارع لا يطلب من الأولياء أن يأمروا أولادهم بالصلاة إلا إذا كانوا في سن يميزون به معنى الصلاة والعبادة، حتى يكون لها أثرها في نفس الصبي، من تمرين على الطاعة وتعويد على أعمال الخير، فاعتبر الفقهاء أن سن السابعة هو بدء مرحلة التمييز في حياة الإنسان.

ومنذ يدخل الصبي في طور التمييز، يصبح في مرحلة انتقالية بين مرحلتي الطفولة والرجولة، فأداؤه للعبادات صحيح، لوجود مبدأ التمييز عنده، ولكنه لا يطالب بها مطالبة وجوب أو تكليف، لأنه لم يصل بعد إلى طور اكتمال العقل بالبلوغ، وتصرفاته ما كان منها نفعاً خالصاً له صحت، كقبوله الهبة والصدقة وتملك الأموال المباحة، فهذه تصح منه من غير إذن وليٍّ، وما كان منها ضارّاً به ضرراً خالصاً لا تصح منه، كهبته لغيره وتصدقه ووقفه وإعارته، وما كان محتملاً بين الضرر والنفع توقف على إجازة وليه، فإن أجازها صحت، لأن ذلك دليل نفعها له، وإن أبطلها بطلت، لأن ذلك دليل ضررها به.

وأما المعتوه، وهو ما يشتبه فعله بأفعال العقلاء تارة وبأفعال المجانين

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم.

أخرى، فإن كان العته فيه قوياً بحيث يلحق بالمجانين، فحكمه حكم المجنون. له أهلية الوجوب وليست له أهلية الأداء، وإن كان العته فيه ضعيفاً بحيث يتصرف غالباً تصرف العقلاء، فهو في حكم الصبي المميز في كل أحكامه.

وسيأتي معنا مزيد بيان لأحكام الصبي المميز والمجنون والمعتوه، عند شرح أحكام القانون إن شاء الله.

٢ ـ **كاملة**: وهي أن يصبح الشخص مكلفاً بالعبادات والأحكام الشرعية قابلاً لكل أنواع الالتزامات، وذلك باكتمال العقل الذي جعل البلوغ علامة له. ذلك أن الأصل في التكليف أن يتوقف على وجود العقل الكامل في الإنسان، غير أن وجوده لا يكون في الإنسان دفعة واحدة، فهو ينمو بنمو جسمه، ولذلك أقيم البلوغ دليلاً على اكتمال العقل فيه.

والبلوغ إما طبيعي وإما تقديري، أما الطبيعي فقد ذكر له علامات في الفتى كالاحتلام وما أشبهه، وعلامات في الفتاة كالحيض وما أشبهه، وأما التقديري فذلك عند عدم التحقق من البلوغ الطبيعي، فيقدر عند ذلك بالسن، وأكثر الفقهاء على أن مبدأ البلوغ يكون عند الفتى في سن الثانية عشرة، وعند الفتاة في سن التسع، أما نهايته، فأكثرهم على أنه في الخامسة عشرة للذكور والإناث، وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن نهاية سن البلوغ ثمانية عشر عاماً في الفتى وسبعة عشر في الفتاة[١].

وهذه الأهلية الكاملة للفتى والفتاة حين يبلغان هذه السن، هي غير أهلية الرشد المالي كما سيأتي معنا.

مراحل تطور الإنسان

تلك هي الأهلية وأقسامها، ويستلزم ذلك تقسيم الإنسان في مراحل حياته بالنسبة للأهلية إلى خمس مراحل:

المرحلة الأولى ـ طور الإنسان وهو جنين، وله أهلية الوجوب ناقصة.

المرحلة الثانية ـ طور الطفولة قبل التمييز، وله أهلية الوجوب كاملة.

---

(١) البدائع: ٧/ ١٧٢.

المرحلة الثالثة ـ طور التمييز إلى البلوغ، وله أهليّة الأداء ناقصة.

المرحلة الرابعة ـ طور البلوغ إلى سن الرشد المالي، وله أهلية الأداء كاملة فيما عدا التصرفات المالية.

المرحلة الخامسة ـ طور الرشد المالي وله أهلية الأداء كاملة في كل الأحكام.

ويلاحظ أننا فرقنا بين مرحلة البلوغ ومرحلة الرشد المالي، مع أن عبارات الفقهاء قد تفيد في إطلاقها عدم هذا التفريق، بل يفهم منها أن مرحلة البلوغ هي المرحلة الأخيرة التي يملك بها أهلية الأداء كاملة حتى في القضايا المالية، وليس الأمر كذلك بل الحق أن مرحلة البلوغ دون مرحلة الرشد المالي[١] وسنبحث ذلك في موضعه من شرح القانون إن شاء الله.

عوارض الأهلية

مما اختص به علماء الأصول من الحنفية، بحث الأهلية وعوارضها، فلهم الفضل الأول في هذا البحث الفقهي الممتع، وقد رأينا تقسيمهم للأهلية ومراحل تطور الإنسان، ونذكر الآن بحثهم عن عوارض الأهلية، ويعنون بها «الأحوال التي تنافي أهلية الإنسان في الجملة وتكون غير ملازمة له» فأحياناً تزيل أهلية الوجوب كالموت، وأحياناً تزيل أهلية الأداء كالإغماء وأحياناً تغير بعض الأحكام مع بقاء أهلية الوجوب والأداء كالسفر والجهل[٢] على ما ستعرفه إن شاء الله.

وهذه الأحوال منها ما تنشأ باختيار الإنسان ومن صنعه، ومنها ما لا إرادة له في وقوعها، ويعبرون عن الأخيرة «بالعوارض السماوية» لأنها ثبتت من قِبَل الله عزّ وجلّ بدون اختيار للعبد فيها، وكل ما لا اختيار للعبد فيه ينسب إلى السماء[٣]، ويعبرون عن الأولى بالعوارض المكتسبة، لأنها بكسب الإنسان ومن عمل يده، وإليك خلاصة القول في كل منهما:

أ ـ العوارض السماوية

هي إحدى عشرة، يختلف تأثيرها في إسقاط الأهلية أو تغيير الأحكام كما يلي:

---

(١) انظر المدخل الفقهي العام: ٧٧٤ «الطبعة الخامسة».

(٢) كشف الأسرار: ٤/ ١٣٨٢، وتيسير التحرير: ٢/ ٤١٩.

(٣) كشف الأسرار: ٤/ ١٣٨٣.

١ ـ **الجنون**، وهو اختلال العقل بحيث يخرج صاحبه عن النهج الطبيعي في الأعمال المعتادة، وهو مسقط لأهليه الأداء.

والجنون نوعان: ممتد وقاصر، أما الممتد فهو الجنون المتصل، سواء كان أصليّاً بأن جُنّ منذ عهد الصغر، أو عارضاً بأن جُن بعد البلوغ، وأما القاصر فهو الذي يغيب وقتاً، ويحضر وقتاً، فحين يعود إلى المجنون عقله، تلزمه التكاليف والواجبات كالعاقل تماماً، وحين يعود إليه جنونه يأخذ حكم المجنون الممتد جنونه.

والجنون الطارئ إذا امتد يسقط التكاليف حال الامتداد، واختلفوا في قدر الامتداد المسقط للتكاليف، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو أن يزيد على يوم وليلة بالنسبة إلى أوقات الصلاة، وأن يستغرق رمضان كله بالنسبة إلى الصوم، وأن يستغرق الحول كله بالنسبة إلى الزكاة، وستأتي معنا بقية أحكام المجنون في موضعها من القانون إن شاء الله.

٢ ـ **العتَه**، وهو اختلاط الكلام والأعمال، فتارة يشبه العقلاء وتارة يشبه المجانين، وأكثر كتب الفقه والأصول على اعتبار المعتوه كالصغير المميز، وذهب بعض الباحثين حديثاً إلى تقسيم المعتوه إلى مميز، وغير مميز، فالمميز يعطى أحكام الصغير المميز، وغير المميز يعطى أحكام المجنون[١] «ولا شك في أن إطلاق الفقهاء القول باعتبار المعتوه كالصغير المميز، إنما هو بناءً على تعريف المعتوه بما ذكرناه آنفاً، فالتمييز ملاحظ فيه حتماً، أما إن كان غير مميز فهو مجنون حقيقة، ولا معنى لإطلاق اسم المعتوه عليه، وبذلك تعلم أنه لا حاجة إلى هذا التقسيم.

٣ ـ **الإغماء**، وهو عارض يمنع فهم الخطاب حين وقوعه، وهو لا يمنع أهلية الوجوب، ولكنه يفقد أهلية الأداء عند وقوعه، فلا يطالب بالصلاة ولا بالصيام ولا بالتكاليف كلها في حال غيبوبته، فإذا أفاق توجه إليه التكليف، فهو ـ كما ترى ـ عارض يؤخر أحكام الأهلية إلى وقت زواله، وللعلماء بحث في الغيبوبة الممتدة التي تسقط الأحكام، والتي لا تسقطها بل يطالب المغمى عليه بأدائها قضاء[٢].

---

(١) انظر رسالة الأهلية للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم.

(٢) انظر التقرير شرح التحرير: ٢/ ١٧٩.

٤ ـ **النوم**، وهو عارض يمنع فهم الخطاب أيضاً، فلا يسقط أهلية الوجوب، ولكنه يؤخر مطالبة النائم بالأحكام حتى يستيقظ، ويبطل ما يصدر عنه حال نومه من أقوال أو أعمال، إلا ما كان إتلافاً لمال الغير أو عدواناً عليه، فيضمن في ماله؛ فلو انقلب النائم على إنسان فقتله، كان فيه الدية، ولا قصاص عليه لعدم الإرادة والقصد.

٥ ـ **المرض**، وهو في أصله لا ينافي أهلية الوجوب ولا الأداء، ولكنه إذا اتصل به الموت كان عارضاً يغيّر بعض الأحكام، فلا تصح هبته ولا تبرعاته إلا في حدود الثلث، وترث منه زوجته المطلقة بائناً في مرض الموت إذا مات وهي في العدة، وهكذا..

٦ ـ **الرق**: وهو عارض يفقد الرقيق كثيراً من حقوق الأحرار؛ ويعرّفه الفقهاء بأنه عجز حكمي أي عجز معنوي طارئ لا حقيقي ملازم؛ وله نظام دقيق في الفقه الإسلامي.

٧ ـ **الصغر**: وهو مرحلة من مراحل الإنسان تكون فيها أهلية الوجوب قائمة قبل بلوغه سن التمييز، ثم تقوم فيه أهلية الأداء بعده كما تقدم، واعتبار الصغر من عوارض الأهلية كما مشى عليه علماء الأصول جميعاً، إنما هو باعتباره حالة غير ملازمة للإنسان، فهو بالنسبة إلى الإنسان الكبير البالغ، عارض يمنع أهلية الأداء ويحول دون قيامها بالصغير.

٨ ـ **الحيض**: وهو عارض لا يُسقط أهلية الوجوب ولا الأداء، إلا أنه يؤخر المطالبة بالصوم إلى ما بعد انتهائه، ويسقط الصلاة في حالة وجوده.

٩ ـ **النفاس**: وهو عارض لا يسقط أهلية الوجوب ولا الأداء، إلا أنه كالحيض يسقط الصلاة ويؤخر المطالبة بالصوم إلى ما بعد انتهائه.

١٠ ـ **النسيان**: وهو عارض لا يسقط أهلية الوجوب ولا الأداء، ولكنه يغيّر بعض الأحكام، فهو عذر في إسقاط الإثم أمام الله، وفي أحكام العبادات بشرطين: أن لا يكون هنالك مذكّر للناسي ينبهه إلى ما هو فيه من العبادة، وأن يكون هنالك داع للفعل الذي فعله ناسياً، وذلك مثل أكل الصائم في رمضان فإنه عذر، بخلاف أكل المصلّي أو كلامه فإنه ليس بعذر، أما في الالتزامات المالية فليس بعذر مطلقاً.

١١ ـ **الموت**: وهو أهم عوارض الأهلية، إذ هو ينافي أهلية الوجوب والأداء ويهدمهما، فلا يبقى على ذمة الميت شيء غير ما كان متعلقاً بأعيان قائمة كالودائع والمغصوبات، أو متعلقاً بمال تركته، كالديون والوصايا، وحقه في التجهيز والتكفين[١].

ب ـ العوارض المكتسَبة

وهي سبعة نوجز الكلام عنها فيما يلي:

١ ـ **السكر**: وهو غيبة العقل من تناول المسكرات حتى يحصل الهذيان وهو نوعان: سكر من حلال، وهو الناشئ عن تناول البنج والمرقدات في العمليات الجراحية وغيرها عند الحاجة إلى ذلك؛ ومنه السكر الناشئ عن تناول الدواء، أو سكر من اضطر إلى شرب الخمر بأن غصّ في الطعام ولم يجد ماء، فهذا عذر كالإغماء والنوم، وسكر من حرام لا عذر فيه في نظر الشريعة، وحقه أن تسقط التكاليف عند وجوده كالنوع الأول، لكنه لما كان معصية لم يضطر شاربه إليه، اعتبر كأنه غير موجود، فلم تسقط به التكاليف ولم تتغير، فيقع طلاقه وعتقه ويصح يمينه عند الحنفية عقوبة له على المعصية، ويؤخذ بما أقر به حال سكره، إلا الإقرار بما يصح فيه الرجوع كالإقرار بالزنى وشرب الخمر، وإذا وقع منه حال سكره ما يستوجب الحد أقيم عليه بعد صحوه.

هذا ولم يوقع قانوننا الجديد طلاق السكران أخذاً بمذهب الشافعي، فاعتبر السكر المحرم كالنوع الأول، فكان عارضاً كالإغماء والنوم.

٢ ـ **الهزل**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، وتصرفات الهازل وما يبطل منها وما يصح، مبسوطة في كتب الأصول والفقه، والتعرض لها بالتفصيل يخرجنا عما نحن بصدده.

٣ ـ **الجهل**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، وهو ستة أنواع:

ثلاثة منها لا يكون الجهل فيها عذراً بحال، وهي، الجهل الناشئ عن مكابرة العقل وترك البرهان في أصل العقيدة، والجهل الناشئ عن المكابرة ولكن له شبهة في الكتاب والسنّة، والجهل الناشئ عن اجتهاد في دليل شرعي من حيث

---

(١) مسلم الثبوت: ١/ ١٧٥.

لا يجوز الاجتهاد، فهذه الأنواع الثلاثة ليست عذراً بحال من الأحوال وتنفّذ على صاحبها الأحكام كما هي.

وثلاثة يعذر فيها الجاهل عذراً متفاوتاً: فالجهل الناشئ عن اجتهاد سائغ، هو عذر مقبول ويجوز القضاء بحسبه، والجهل الناشئ عن شبهة وخطأ، كمن وطئ أجنبية يظن أنها زوجته، فهذا عذر يسقط عنه الحد، والجهل الناشئ عن عدم العلم بأحكام الإسلام في غير دار الإسلام كمن أسلم في دار الحرب فشرب الخمر أو لعب القمار أو فعل ما هو محرم في الإسلام من غير أن يعلم بحرمته فهذا عذر مقبول لا يؤاخذ صاحبه بنتائجه[1].

٤ ـ **الخطأ**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، واتفق العلماء على أنه يرفع الإثم في حق الله تعالى، واختلفوا في رفع الحكم في العبادات، كصائم أراد أن يتمضمض في الوضوء فدخل الماء إلى جوفه؛ قال الشافعية: هو معذور ولا يفسد صومه، وقال الحنفية: هو معذور في عدم الإثم بينه وبين الله تعالى ولكنه غير معذور في فساد صومه، أما في الالتزامات، فالإثم مرفوع في الإتلاف والجنايات خطأ ولكن الضمان لا يزال قائماً؛ فمن أتلف لغيره مالاً خطأ وجب عليه ضمانه؛ ومن قتل إنساناً خطأ وجبت ديته؛ ولا قصاص فيه لانعدام الإرادة والنية.

٥ ـ **السفر**: وهو عارض يغير بعض الأحكام، ففيه تُقصر الصلاة الرباعية إلى ركعتين، ويباح الإفطار، ويمتد أجل المسح على الخفين من يوم وليلة للمقيم إلى ثلاثة أيام ولياليها للمسافر، وغير ذلك.

٦ ـ **الإكراه**: وهو عارض يغير بعض الأحكام؛ والحنفية يقسمون الإكراه إلى مُلجئ وغير ملجئ، ولكل منهما عندهم أحكام مبسوطة في كتب الأصول والفقه، والشافعية يقسمونه إلى إكراه بحق وإكراه بغير حق، ولكل منهما أحكام مبسوطة في كتبهم.

٧ ـ **السفه**: وهو خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل والشرع، مع عدم الاختلال في العقل وهو عارض يؤدي إلى نقصان الأهلية عند جمهور الفقهاء. كما سيأتي معنا في أحكام السفيه.

تلك هي خلاصة موجزة عن عوارض الأهلية، وقد قدمنا أن المراد

---

(١) شرح مسلم الثبوت: ١/ ١٦٠، ١٦١.

بالعوارض «الأحوال التي لا تكون ملازمة للإنسان، فمنها ما ينافي الأهلية، ومنها ما يغير بعض الأحكام».

قال العلاّمة التفتازاني في «التلويح»: ومعنى كونها عوارض أنها ليست من الصفات الذاتيَّة، كما يقال: البياض من عوارض الثلج، ولو أريد بالعروض الطريان والحدوث بعد العدم لم يصلح في «الصغر» إلا على التغليب[1] ولما عرَّف الكمال بن الهمام في «التحرير» العوارض بأنها أمور ليست ذاتية للأهلية سواء طرأت أم لا، قال بعد ذلك: فدخل «الصغر» قال شارحه ابن أمير الحاج: «لعدم اشتراط الطرو والحدوث بعد العدم فيها، وكونه ليس من الأمور الذاتية»[2].

ويتبين لك مما ذكرناه أن ناقضي الأهلية هم:

١ ـ الصغير.

٢ ـ المجنون والمعتوه.

٣ ـ السفيه.

٤ ـ المغفَّل.

٥ ـ ويلحق بهم المفقود.

ولما كان هؤلاء في حاجة إلى من يشرف على شؤونهم؛ فقد أقام الشارع نائباً عنهم لذلك، ويسمى النائب عن الصغير من أقاربه «وليّاً» والنائب عنه في شؤونة المالية فحسب من غير أقاربه «وصيّاً» والنائب عن المجنون والسفيه والمغفل «قيّماً» والنائب عن المفقود «وكيلاً» ومن هنا تأتي أبحاث **«الحجر»** و **«الولاية»** و **«الوصاية»** في الفقه؛ وسنذكر لك موجزاً عنها كما جاءت في كتب الفقه؛ ثم نقارن أحكامها بما جاء في القانون.

* * *

---

(١) التلويح والتوضيح: ٣/ ١٦٤.

(٢) التقرير على التحرير: ٢/ ١٧٢، وانظر كشف الأسرار: ٤/ ١٣٨٢ وبهذا نعلم أن ما أورده الأستاذ الزرقا في بحثه القيم عن الأهلية وعوارضها في كتابه «المدخل الفقهي» من اعتراض على الأصوليين في عدهم مثل الصغر والموت من عوارض الأهلية لا يرد بناءً على اصطلاحهم في معنى «العارض» وإن كنا نقره على ضابطه الجديد الذي وضعه لعوارض الأهلية.

الفصل الثاني
في الحجر وأسبابه[1]

تعريفه:

الحجر لغة هو المنع: ومنه سمي العقل حجراً لأنه يمنع الإنسان من فعل ما يضر وما لا يليق، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥] أي ذي عقل.

وفي اصطلاح الفقهاء هو «المنع من التصرف القولي» وقيدنا بالقولي لأن التصرف الفعلي تترتب عليه آثاره القانونية بكل حال كما سنوضحه فيما بعد.

والحجر على أقوال المحجور عليه إنما يكون في الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر، أما ما تتمحّض نفعاً له فلا حجر فيها، وأما ما تتمحض ضرراً به فهو محجور عليه من الأصل فلا تنفذ.

أسبابه:

لا بدّ للحجر من أسباب تقتضيه، وقد اتفق العلماء على بعض منها واختلفوا في بعض آخر؛ وإليك بيان القول في كل واحد منها مع ذكر أوجُه الخلاف:

١ ـ الصغر

قلنا في بحث الأهلية إن الصغير غير المميز له أهلية الوجوب كاملة، فيثبت له الحق أو عليه، وليس له أهلية الأداء لفقدان مناطها وهو العقل، أما المميز فله أهلية الأداء ناقصة، وعلى ذلك فللصبي في حال طفولته أحكام تختلف عن أحكامه حالة التمييز، وكذلك في التمييز، وكذلك في حالتي البلوغ والرشد ونوجز هذه الأحكام فيما يلي:

---

(١) انظر مباحث الحجر في: البدائع: ١٦٩/٧، الزيلعي: ١٩٠/٥، الدر وحاشيته لابن عابدين: ٨٩/٥

أ ـ قبل التمييز:

تكون له الأحكام التالية:

١ ـ لا يطالب بالعبادات كالصلاة والصوم والحج، ولا تصح منه لو أدّاها.
٢ ـ عقوده كلها باطلة، فلا يصح بيعه وشراؤه وإيجاره، ورهنه وأمثال ذلك.
٣ ـ أقواله كلها هدر، فلا يعتبر إقراره بدَين عليه لغيره مثلاً، ولا إبراؤه من الدين.
٤ ـ أفعاله في المعاملات باطلة؛ فلا يعتبر تسلمه للمغصوب وقبضه للمبيع.
٥ ـ لا يوصف عدوانه على الغير ـ بإتلاف نفسٍ فما دونها ـ بالجناية ولا يعاقب عقوبة الجاني.
٦ ـ يكون في ماله ضمان ما أتلفه للغير على سبيل التعدي.
٧ ـ يتسع ماله للواجبات المالية كالضرائب والعشور.
٨ ـ ويتسع ماله للمؤونات الاجتماعية كنفقة الأقارب.
٩ ـ واختلف الفقهاء في وجوب الزكاة في ماله، والجمهور على وجوبها خلافاً لأبي حنيفة.

ب ـ عند التمييز:

قلنا إن سن التمييز مرحلة من مراحل تطور الإنسان إذ بها يودع عهد الطفولة، ويستقبل عهد الرجولة، والتمييز هو إدراك المعاني الكلية للحاجيات التي تواجه الإنسان في حياته، كإدراك قبح الأشياء وحسنها، وإدراك معنى البيع والشراء، ومعنى التملك والتبرع، وهكذا.

وليس للتمييز سن مطّردة في جميع الأفراد. ولكن الفقهاء قدروا سن السابعة مبدءاً للتمييز كما ذكرنا ذلك من قبل.

وللتمييز أحكام خاصة نذكر منها ما يتعلق بالأهلية:

١ ـ لا يطالب بالعبادات كالصلاة والصوم ولكن تصح منه لو أداها، ويطالب وليه أن يأمره بالصلاة تعويداً على الطاعة وفعل الخير.

٢ ـ في ماله ضمان ما أتلفه كالصغير والمجنون.

٣ ـ أما تصرفاته فهي على ثلاثة أنواع:

الأول ـ ما يكون ضرراً محضاً، كالهبة والكفالة والطلاق، فهذه لا تنفذ ولو أجازها الولي:

الثاني ـ ما يكون نفعاً خالصاً، كقَبول الهبة والتبرعات وحيازة المباحات، فتصح من غير وقوف على إجازة الولي، ومن ذلك قبول الوكالة عن الغير في كل ما تصح فيه الوكالة كالبيع والشراء.

الثالث ـ ما يحتمل الضرر والنفع، كالبيع والشراء والرهن والإجارة، فهذه تصح منه موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، فإن أجازها نفذت وإلا فلا واختلفوا في صحة وصيته وسيأتي بيان ذلك في أبحاث الوصية.

٤ ـ يجوز لوليه أو وصيه أن يأذن له بمزاولة التجارة وما يتصل بها من إعارة ورهن وغير ذلك، بل يستحب لوليه أن يأذن له بذلك لما فيه من تمرين له على مزاولة التصرفات قبل أن يتسلم ماله ويتصرف فيه حين بلوغ سن الرشد، وقد قال تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ والابتلاء هو الاختبار، وذلك بالإذن له بإجراء بعض العقود المالية.

جـ ـ أحكام المأذون:

١ ـ الإذن للصبي المميز لمزاولة التجارة هو فك للحجر عنه وإسقاط من الولي أو الوصي لحقّه في الإشراف على المأذون، وهذا عند فقهاء الحنفية، وهو ـ عندهم ـ لا يتقيد بنوع معين من أنواع التجارة، ولا يتوقت بوقت معين، فمتى أذن الولي أو الوصي للصغير المميز بمزاولة بعض أنواع التجارة كالبيع أو الشراء كان مأذوناً بمزاولة مختلف أنواعها كالرهن والإعارة والإجارة وغيرها، وإذا أذن بمزاولة التجارة في وقت معين أو مكان معين كان مأذوناً في كل الأوقات وكل الأمكنة، لأن الإسقاط ـ عند الحنفية ـ لا يتقيد ولا يتوقت.

وفي بعض المذاهب الأخرى ـ كالمذهب الحنبلي ـ يتقيد الإذن ويتوقت، فينفذ فيما أذن له فيه فحسب، من نوع أو وقت أو مكان، ولا ينفذ في غيره وهذا هو الذي يؤيده النظر الفقهي وقد أخذ به قانوننا كما سيأتي.

٢ ـ وهل تصح تصرفاته إذا غبن فيها؟ إن كان الغبن يسيراً جاز بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه، لأن ذلك مما يتعذر الاحتراز منه في المبايعات، وإن كان فاحشاً جاز عند أبي حنيفة، لأنه بالإذن قد رفع الحجر عنه، فأصبح كالبالغ الراشد، وهو في الغبن الفاحش ينفذ تصرفه قولاً واحداً. فكذا هذا، ولأن ما ينال الصبي المميز من الفائدة في إجازة تصرفاته، يرجح على ما يخسره بالغبن

الفاحش، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينفذ تصرفه في هذه الحالة، لأنه كالتبرع، وهو لا يملك ذلك بالإذن.

٣ ـ ويثبت الإذن إما صراحة كأن يقول له: أذنت لك بمزاولة التجارة وإما دلالة، كأن يراه يشتري شيئاً ويسكت عنه؛ فإن ذلك دليل الإذن، وإلا كان تغريراً من الولي بالبائع.

٤ ـ وليس من الإذن استخدام الصبي المميز في شراء ما يحتاج إليه الولي أو الوصي من شؤون البيت كشراء ثوب معين، أو شراء طعام للبيت، فإذا أمره بشيء من ذلك لا يكون إذناً له بمزاولة التصرفات المالية، وقد قيل في الفرق بين الإذن وبين الاستخدام: أن الإذن هو السماح بمزاولة عقود تتكرر مرة بعد أخرى، بحيث يكون المراد الربح، كما إذا قال له: اشترِ ثوباً وبِعْهُ، وأما الاستخدام فهو السماح بعقد واحد كما إذا قال له: اشترِ لي ثوباً للكسوة[١].

٥ ـ وللولي أو الوصي استرداد الإذن، ويكون ذلك حجراً مستأنفاً ويشترط لصحة استرداد الإذن أن يعلم به الصبي المأذون، فلو لم يعلم باسترداد الإذن، واشترى وباع، كان تصرفه صحيحاً، لأن حكم الحجر لا يلزمه إلا بعلمه، كما يشترط أن يعلم به أكثر أهل السوق إن كان الإذن شائعاً، وإن لم يعلم بالإذن إلا الصبي كفى في صحة الحجر علمه به.

٦ ـ وكذلك يبطل الإذن للصبي بموت الأب أو الوصي، أما المأذون من قبل القاضي فلا ينعزل بموت القاضي.

د ـ البلوغ:

قلنا إن البلوغ إما أن يكون بعلائم طبيعية في الفتى والفتاة، فإن لم توجد فيبدأ باثنتي عشرة سنة في الفتى وتسع سنوات في الفتاة، وينتهي سن البلوغ بخمس عشرة سنة عند أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: بثمانية عشرة سنة في الفتى وسبع عشرة في الفتاة، ويروى عن أبي حنيفة أنه في الغلام تسع عشرة سنة، والمعتمد في المذهب الحنفي قول الصاحبين وهو قول الشافعي أيضاً. والصبي فيما بين بداية البلوغ ونهايته يسمى «مراهقاً» وكذلك الفتاة تسمى «مراهقة».

---

(١) الهداية وشرحي العناية والكفاية: ٧/ ٢١٩.

فإذا بلغ الصبي ـ طبيعياً أو تقديرياً ـ فقد ودّع عهد الصبا وأصبح في حكم الرجال، يخاطَب بالتكاليف الشرعية كالصلاة والصوم والزكاة والحج وغير ذلك، أما بالنسبة إلى أهليته المالية، فالذي تدل عليه عبارات الفقهاء أنه متى بلغ ولم يعهد عليه سفه أو خلل في عقله ـ من جنون أو عته ـ أو غفلة وسذاجة، وجب تسليم ماله إليه ونفذت تصرفاته المالية بجميع أنواعها. أما إذا بلغ سفيهاً فالجمهور على أنه يظل محجوراً عليه حتى يثبت رشده، كما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فقد جعل تسليم المال إليهم مقيداً بإيناس الرشد منهم وهذا يقتضي استمرار الحجر على البالغ إذا لم يثبت رشده مهما بلغ من العمر عتيّاً.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ سفيهاً لا يحجر عليه وتنفذ تصرفاته، ولكن لا يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، وعندئذٍ يجب أن يسلم إليه ماله مهما كان حاله من السفه والتبذير، لأنه ـ حين يبلغ تلك السن ـ لا بدّ من أن يحصل له نوع من الرشد، ومن الممكن أن يكون حينئذٍ جَدّاً، وذلك إذا تزوج وهو ابن اثنتي عشرة سنة، فجاءه ولد لستة أشهر، ثم تزوج ولده لاثنتي عشرة سنة أيضاً فجاءه ولد لستة أشهر، وليس من المعقول أن يكون الإنسان محجوراً عليه وهو جد له أحفاد!

ولا شك في أن قول الجمهور هو الصحيح، إذ هو مدلول الآية الكريمة السابقة، وهو المتفق مع قواعد الشريعة ومع الحكمة من الحجر على الصبي والسفيه، ولا معنى لمنع ماله عنه قبل بلوغه الخامسة والعشرين مع نفاذ تصرفاته لأنه بذلك قد يجري من العقود، ويقر بالديون، ما يستغرق ماله كله فيتلف بلسانه ما منع عن يده.

٢ ـ الجنون

الجنون من أسباب الحجر المتفق عليها عند الفقهاء قاطبة، والمجنون كالصبي غير المميز في عجزه عن الاهتداء إلى التصرفات النافعة، فيمنع من التصرف في ماله رعاية لمصلحته، وقد قلنا: إن الجنون نوعان ممتد: ـ وهو ما يسمى عند الفقهاء بالجنون المطبق ـ ويسمى المجنون في هذه الصفة «مغلوباً»، والنوع الثاني جنون قاصر، وهو الذي ينقطع فيه الجنون أحياناً عن صاحبه فيكون «مفيقاً»، وقلنا: إن حكم هذا المجنون أنه في حال إفاقته تنفذ تصرفاته كالعاقل وفي حال جنونه لا تنفذ كالمجنون المغلوب، ويرى بعض الفقهاء أن هذا الحكم فيما إذا كان لجنونه وإفاقته وقت معلوم، أما إذا كان غير منتظم الإفاقة والجنون فيكون

حكمه في حال إفاقته كالصبي المميز لا تنفذ تصرفاته إلا إذا أجازها وليه «القيّم عليه» وهذا تفصيل حسن، أما المجنون المغلوب فهو كالصبي غير المميز، لا يخاطب بالتكاليف الشرعية، ولا تصح منه العبادات، ولا تنفذ تصرفاته ولو أجازها وليه، ويكون في ماله ضمان ما أتلفه على سبيل العدوان.

٣ ـ العته

وقد عرفت أن المعتوه هو الذي تشبه تصرفاته تصرفات العقلاء أحياناً وتصرفات المجانين أحياناً، وقد قال الزيلعي: «واختلفوا في تفسيره (المعتوه) اختلافاً كثيراً وأحسن ما قيل فيه:

هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون»[١].

وقد علمت أنه كالصبي المميز، فينفذ من تصرفاته ما كان محض النفع له من غير توقف على إجازة وليه، ويبطل منها ما كان محض الضرر له ولو أجازها الولي ويتوقف ما كان منها محتمل الضرر والنفع على إجازة وليه.

أما في وجوب العبادات عليه كالصلاة والصوم والحج، فقد قيل: إنها تجب وقيل: لا تجب وهو الصحيح، وتجب الزكاة في ماله في معظم الاجتهادات خلافاً للاجتهاد الحنفي.

٤ ـ السفه

قلنا إن السفيه هو الذي يتصرف في ماله خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل، وهو الذي يبذر في ماله تبذيراً لا يقع من العقلاء الراشدين عادة، ولا خلاف في أن وصف «السفه» يشمل الإسراف في النفقة بما يخرج عن المعتاد وعن الحاجة، كما يشمل الإسراف في إنفاق المال في الطرق المحرمة كالشراب واللهو الحرام، كما يشمل الغبن في التجارات من غير محمدة كأن يشتري شيئاً يساوي ألفاً بألفين، أما التبذير في الطاعات كإنفاق ماله كله في بناء المساجد، فقد جرى الخلاف فيه، هل هو من السفه أم لا؟، والمعتمد أنه من السفه.

---

(١) تبيين الحقائق: ٥/ ١٩١ وعرفته المجلة «المادة ٩٤٥» بأنه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً.

وقد جرى الخلاف في الحجر بسبب السفه. فجمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، على أن السفه موجب للحجر، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥] ولأن السفيه مضيّع لماله فكان كالصبي في قصور النظر فيجب الحجر عليه نظراً له وحفظاً لماله.

وقال أبو حنيفة: لا يحجر على السفيه ـ إلا أنه إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله فقط كما سبق ـ لأنه عاقل مخاطب بالتكاليف الشرعية ولأن في الحجر عليه إهداراً لآدميته، وذلك أشد ضرراً من إتلاف ماله بالتبذير: إذ المال دون الكرامة الإنسانية، ولا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الأدنى.

والخلاصة أن أبا حنيفة لا يرى الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه مطلقاً سواء كان السفه مقارناً لبلوغه أو طارئاً بعد أن بلغ رشيداً. غير أنه في السفه المقارن للبلوغ عن السفيه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، وفي السفه الطارئ لا يمنع عنه ماله.

والجمهور على الحجر بسبب السفه مطلقاً، وهذا هو الصحيح والمعتمد في الاجتهاد الحنفي وبه أخذ القانون.

هذا والسفيه يحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد في كل تصرف لا يصح مع الهزل ويفسخ به، كالبيع والهبة والإجارة والصدقة، أما التصرفات التي تصح مع الهزل كالزواج والطلاق فتقع صحيحة من السفيه، وبذلك تكون مجمل أحكام السفيه كما يلي:

١ ـ تصح تصرفاته في مثل الزواج والطلاق مما يصح في الجِد والهزل.
٢ ـ تتوقف تصرفاته فيما عدا ذلك على إجازة وليه، كالبيع والشراء والرهن والإعارة.
٣ ـ يصح إقراره بالعقوبات على نفسه كما لو أقر بالسرقة.
٤ ـ يعاقب على الجنايات التي يجنيها على غيره من نفس أو مال.
٥ ـ تجب عليه نفقة زوجته وولده ومن تجب عليه نفقته.
٦ ـ تصح وصيته في وجوه الخير.
٧ ـ تجب عليه العبادات كالصلاة والصوم والحج.

ثم إن الحجر يبدأ ـ عند محمد ـ بمجرد وجود السفه من غير توقف على قضاء القاضي؛ فكل تصرف يقوم به بعد وجود السفه يأخذ حكمه كما سبق، أما

عند أبي يوسف فلا يكون محجوراً عليه إلا بقضاء القاضي، فتنفذ تصرفاته كلها بعد وجود السفه منه قبل القضاء بالحجر عليه.

٥ ـ الغفلة

المغفل هو الذي لا يفسد ماله ولا يقصد إفساده، ولكنه لا يهتدي إلى التصرفات فيُغبن في المعاملات لسلامة قلبه، والغفلة توجب الحجر عند أبي يوسف ومحمد والشافعي، صيانة لمال المغفل ونظراً لمصلحته، وقال أبو حنيفة: إنها لا توجب الحجر، لأن المغفل عاقل كالسفيه، وقد روي أن رجلاً جاء أهله إلى النبي ﷺ فشكوا إليه أنه يخدع في البيع، فقال له الرسول: **«إذا بايعت فقل لا خلابة (أي خداع) ولي الخيار ثلاثة أيام»**[1] فلم يحجر عليه ولكنه أرشده إلى وجه يتخلص فيه من الغُبن.

والصحيح قول الجمهور وهو الذي أخذ به القانون.

٦ ـ الدَّين

إذا لزمت الرجل ديون وله مال، وخشي الغرماء أن ينفق ماله أو يبدده بالإِقرار لغيره ـ بدين أو حق مثلاً ـ دون أن يدفع لهم حقوقهم. هل يحجر عليه؟ قال أبو حنيفة: لا يحجر عليه وإن طلب غرماؤه ذلك، لأن في الحجر عليه إهدار آدميته، ولكن يحبس حتى يضطر إلى بيع ماله وسداد ديونه، لأن قضاء الدين واجب، والمماطلة مع الغنى ظلم، فيحبسه القاضي دفعاً لظلمه وإيصالاً للحقوق إلى مستحقِّيها، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا طلب الغرماء الحجر عليه يحجر، ويبيع القاضي ماله جبراً عنه إذا امتنع من بيعه، ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص ويمنعه من كل تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيع الشيء بأقل من ثمنه، لأن في الحجر عليه رعاية لحق الغرماء، وسداد دينه واجب، وعليه أن يبيع ماله لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإذا امتنع من ذلك ناب القاضي منابه، ولذلك نظائر في الفقه الإسلامي.

والصحيح قول الصاحبين، وهو الذي عليه القانون.

وإذا أراد القاضي بيع مال المدين، بدأ بما يخشى عليه التلف، أو ما يكون أوفق للمدين لأن على القاضي أن ينظر إلى مصلحة الدائن ويجب أن يترك للمدين

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك.

ما لا بدّ له من ثياب ونفقة وسكنى وحاجات ضرورية، لأن حاجته الأصلية مقدمة على حقوق الغرماء، وكذلك يجب أن يترك من ماله ما يقوم بنفقة زوجته وأولاده ومن تجب عليه نفقتهم، لأن ذلك من حوائجه الأصليّة، فيقدم على حق الغرماء.

والحجر على المدين إنما ينفذ على المال الذي كان قائماً وقت الحجر، فإذا تملك مالاً بعد ذلك، لم يشمله الحجر، وينفذ فيه تصرفاته، لأن حق الغرماء تعلق بالمال القائم وقت الحجر؛ فينفذ في محل حقهم لا فيما عداه.

٧ ـ الفسق

قال الشافعي: يحجر الفاسق الذي يرتكب المحرمات، وإن كان مصلحاً لماله؛ لأن الرشد الوارد في الآية ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ هو الصلاح في الدين والدنيا؛ وقال الجمهور: لا يحجر عليه إذا كان مصلحاً لماله. والرشد الوارد في الآية؛ هو الإصلاح في المال فحسب؛ وهذا هو الصحيح.

ما اتفقوا عليه من الحجر:

ومما ذكرناه من أسباب الحجر يتبين لك أن هنالك ثلاثة أسباب جرى الإجماع على أنها موجبة للحجر؛ وهي الصغر؛ والجنون؛ والعته؛ وأن أبا حنيفة خالف فيما عدا ذلك؛ وهو السفه؛ والغفلة؛ والدَّين؛ والفسق؛ وأن الشافعي انفرد بالقول بالحجر للفسق.

ويذكر عن أبي حنيفة أنه قال بوجوب الحجر على فئات ثلاث أخرى؛ وهم: المُفتي الماجن؛ والطبيب الجاهل؛ والمكاري المفلس. أما المفتي الماجن فهو الذي يتلاعب بالشريعة ويعلِّم الناس الحيل للتخلص من أحكامها، وأما الطبيب الجاهل فهو الذي يصف للناس الأدوية التي لا تفيدهم؛ وإذا أضرتهم لا يعرف كيف يدفع ضررها عنهم، وأما المكاري المفلس فهو الذي يؤجر وسائل الركوب ويقبض الأجرة وليس عنده ما يحمل الناس عليه؛ ثم يغيب عن الأنظار ويأكل ما قبضه من الأموال.

وليس الحجر على هؤلاء ـ عند أبي حنيفة ـ من قبيل الحجر الشرعي الذي نتحدث عنه؛ وإنما هو من قبيل الحجر اللغوي؛ أي يمنع هؤلاء من مزاولة أعمالهم لإضرارهم بالمجتمع؛ فالمفتي الماجن يؤذي أديان الناس؛ والطبيب الجاهل يؤذي أجسامهم؛ والمكاري المفلس يؤذي أموالهم، فيجب منعهم من هذه

التصرفات دفعاً للضرر العام؛ وهنا يقول أبو حنيفة: إنني أفتي بالحجر على هؤلاء وإن كان فيهم إضرار بهم، وإهدار - في الظاهر - لآدميتهم، لأن في ذلك دفع ضرر أعلى وهو إيذاء المجتمع؛ والضرر الأعلى يتحمل لدفع الضرر الأدنى[1].

ولا شك في أن الحجر بهذا المعنى متفق عليه لدى الفقهاء قاطبة؛ لأنه مما تقتضيه قواعد الشريعة ونصوصها العامة.

الأحكام القانونية في الأهلية والحجر:

لم يتعرض القانون لتعريف الأهلية وتقسيمها وعوارضها، وإنما ذكر «الأهلية» في عنوان أبحاث الكتاب الرابع، ثم ذكر في الفصل الأول[2] قواعد عامة، فذكر في المادة (١٦٣) أن النيابة الشرعية عن الغير تكون إما ولاية أو وصاية أو قوامة أو وكالة قضائية، وأن الولاية هي للأقارب من أب أو غيره، والوصاية على الأيتام، والقوامة على المجانين والمعتوهين والمغفلين والسفهاء، والوكالة القضائية عن المفقودين، وأن الوصاية والقوامة والوكالة القضائية عامة وخاصة ودائمة ومؤقتة (وسنشرح ذلك عند الكلام عن الأوصياء) كما نصت المادة (١٦٢) على أن سن الرشد المالي هو ١٨ سنة، فمن لم يبلغ هذه السن فهو قاصر، فإذا بلغها فقد انتهت الولاية (المالية) عليه ما لم يحكم من قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر (كالسفه والغفلة) أو يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم.

ويلاحظ أن القانون ذهب إلى انتهاء الولاية ببلوغ سن الرشد دون حاجة إلى إثبات الرشد، وهذا هو الصحيح خلافاً لما كان معمولاً به من قبل، كما يلاحظ أنه بالنسبة للسفه والغفلة أجاز القانون استمرار الولاية على من بلغ سن الرشد إذا صدر حكم قضائي باستمرار الحجر لذلك، وهذا أخذ برأي أبي يوسف الذي يشترط القضاء بالحجر للسفه والغفلة بعد البلوغ كما ذكرنا من قبل، وأما بالنسبة للمجنون والمعتوه فلا حاجة إلى القضاء لأن سبب الحجر وهو الجنون والعته واضح فيهما فيحترز كل إنسان من معاملتهما؛ فلا يحتاج الأمر إلى القضاء؛ بخلاف السفه والغفلة.

---

(١) انظر المبسوط للسرخسي: ١٥٧/٢٤.

(٢) هذا الفصل والفصول التي بعده في القانون جاءت تحت عنوان «الباب الأول» ولا معنى لهذا العنوان إذ ليس في مباحث الأهلية والنيابة الشرعية في القانون إلا هذا الباب.

ولنذكر كلمة عن سن الرشد المالي في الفقه والقانون.

سن الرشد:

جرى الفقهاء المسلمون على اعتبار البلوغ الجنسي نهاية للولاية الشرعية على الصبي، وبه يتسلم أمواله وتصبح له الأهلية الكاملة للعقود والتصرفات المالية؛ إلا إذا قام الدليل على سفهه وعدم استطاعته الإشراف على ماله وحسن التصرف فيه، ويبدو من ذلك أنهم يعتبرون الرشد المالي يتم بمجرد البلوغ الجنسي عادة، ولكن قانون الأحوال الشخصية ـ تمشياً مع أحكام القانون المدني ـ فرَّق بين البلوغ وسن الرشد، وجعل بلوغ سن الرشد (وهو ١٨ سنة) حدّاً لانتهاء الولاية المالية على البالغ، فهل يعتبر مخالفة للتشريع الإسلامي؟ ومن أين جاءت في قوانيننا الحديثة فكرة تحديد سن الرشد؟.

يستدل من قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء:٦] إن الصغير لا يسلَّم إليه ماله إلا بالبلوغ مع إيناس الرشد، ولما كانت الحياة الاجتماعية في العصور الماضية غير معقدة إلى حد كبير، وكان وجوه المعاملات قليلة واضحة، وكانت في أخلاق الناس بقية من الأمانة ومراقبة الله، لم يرَ الفقهاء حاجة لتحديد سن الرشد بعد البلوغ، إلا إذا كان البالغ يستطيع عادة أن يهتدي إلى الوجوه النافعة في المعاملات، فاكتفوا باعتبار البلوغ علامة على حصول الرشد ـ إلا إذا ثبت خلاف ذلك ـ للمعنى الذي ذكرناه، وقياساً على العبادات فإنها تجب بمجرد البلوغ قولاً واحداً، غير أن تطور الحياة الاجتماعية في العالم الإسلامي في عصرنا الحديث، وتعقد المعاملات، وتفنن المحتالين في سلب الأموال، جعلت المتشرعين القانونيين يأخذون بنظرية تحديد سن الرشد بعد البلوغ.

وقد كان الفقه الروماني أولاً يحدد سن الرشد بأربعة عشرة سنة في الفتى، واثنتي عشرة سنة في الفتاة، وهذا قريب من حد البلوغ الطبيعي والتقديري، ثم حدد أخيراً بخمس وعشرين، حين ازدحم المجتمع الروماني وفسدت أخلاقه وضعفت رابطة الأسرة وسلطة الأب على أولاده، وجرت القوانين الغربية الحديثة على هذا، فحدد أكثرها سن الرشد بواحد وعشرين.

أما في العالم الإسلامي فقد حدد سن الرشد لأول مرة بإرادة سلطانية

صدرت عام ١٢٨٨هـ بعشرين سنة، ثم جاء القانون المدني المصري فحدد سن الرشد بثمانية عشر عاماً، ثم رفع إلى إحدى وعشرين.

ولما صدر القانون المدني السوري عام ١٩٤٩ جاء فيه تحديد سن الرشد بثمانية عشرة سنة شمسية كاملة (المادة ٤٦) وقد جاء قانوننا للأحوال الشخصية الذي صدر بعد ذلك بأربع سنين، محدداً سن الرشد كما جاء في القانون المدني.

ويلاحظ أن القانون المدني (السوري) خالف القانون المدني (المصري) في تحديد سن الرشد إذ أنزلها إلى ثماني عشرة سنة، ووجهته في ذلك أن قانون الموظفين العام المعمول به في سوريا يعتبر سن الثامنة عشرة مؤهلاً لتولي الوظائف العامة في الدولة، فلا يعقل أن يتولى شخص عملاً من أعمال الدولة العامة وهو لا يزال قاصراً محجوراً عن التصرف في حقوقه وأمواله الخاصة[١].

ومن ذلك يتضح أن جعل الرشد مرحلة بعد البلوغ، يستند إلى أصل تشريعي في القرآن الكريم، وأما تحديده بثمانية عشرة أو أكثر أو أقل، فهذا مما يتركه التشريع الإسلامي للفقهاء في كل عصر، بحسب ما يرونه متفقاً مع مصلحة القاصرين وضامناً لأموالهم.

تتمة الأحكام القانونية:

نص القانون على أن الذين يحجر عليهم هم:

١ ـ القاصر.
٢ ـ المجنون.
٣ ـ المعتوه.
٤ ـ السفيه.
٥ ـ المغفل.

ثم ذكر أخيراً أحكام المفقود والوكالة القضائية عنه.

أما القاصر وهو الذي لم يُتم الثامنة عشرة فليس له أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد (الفقرة ١ من المادة ١٦٤) ويجوز للقاضي أن يأذن له بتسلم قسم

---

(١) المدخل الفقهي العام: ٧٨٧ـ الطبعة الخامسة ـ وقد عرف أن لجنتي قانون الأحوال الشخصية الموحدة والقانون المدني الموحد أقرتا جعل سن الرشد المالي عشرين سنة.

من أمواله لإدارتها بعد سماع أقوال الوصي، وذلك إذا بلغ القاصر خمسة عشرة عاماً (الفقرة ٢ من المادة المذكورة) وإذا رد القاضي طلب الإذن فلا يجوز للقاضي تجديد الطلب قبل مضي سنة من تاريخ قرار الرد (الفقرة ٣ من المادة المذكورة) فإذا أذن القاضي للقاصر بتسلم جانب من أمواله لإدارتها وجب اتباع الأحكام الآتية:

١ ـ يجوز له مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات (الفقرة ١ من المادة ١٦٥).

٢ ـ لا يجوز له أن يزاول التجارة بغير إذن القاضي، ولا يجوز أن يعقد الإجارة لمدة تزيد عن سنة، ولا أن يستوفي حقاً أو يوفي ديناً لا يتعلق بأعمال الإدارة إلا بإذن القاضي أيضاً (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

٣ ـ ولا يجوز له استهلاك شيء من صافي دخله إلا القدر اللازم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقاتهم قانوناً (الفقرة ٣ من المادة المذكورة).

٤ ـ يعتبر القاصر كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه (المادة ١٦٦).

٥ ـ على المأذون له بالإدارة أن يقدم للقاضي حساباً سنوياً (الفقرة ١ من المادة ١٦٧).

٦ ـ يأخذ القاضي عند النظر في الحساب رأي الولي أو الوصي، وله أن يأمر بإيداع المتوفر من الدخل خزانة الحكومة أو مصرفاً يختاره (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

٧ ـ ولا يجوز سحب شيء من الأموال المودعة بأمر القاضي إلا بإذن منه (الفقر ٣ من المادة المذكورة).

٨ ـ للقاضي عند اللزوم الحد من الإذن الممنوح للقاصر أو سلبه إياه، وذلك من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب مدير الأيتام أو أحد ذوي العلاقة (المادة ١٦٨).

٩ ـ للقاصر متى بلغ الثالثة عشرة، الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص (الفقرة الأولى من المادة ١٦٩).

١٠ ـ لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

وأما المجنون والمعتوه، فقد نص القانون على أنهما محجوران لذاتهما، ويقام على كل منهما قيّم بوثيقة رسمية (الفقرة الأولى من المادة ٢٠٠).

وأما السفيه والمغفل فيحجران قضاء، وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة، وهذا

يتفق مع رأي أبي يوسف خلافاً لمحمد كما أسلفنا ذلك، ويقام على كل منها قيّم، إما بقرار الحجر نفسه، أو بوثيقة على حدة (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

وقد عرّف القانون السفيه بمثل ما عرّفناه (الفقرة الثالثة من المادة المذكورة) كما عرّف المغفل بأنه هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلاهته (الفقرة الرابعة من المادة المذكورة) وهذا هو معنى ما عرفناه من قبل.

ونصت المادة (٢٠١) على أن للقاضي أن يأذن بتسليم المحجور عليه للسفه والغفلة جانباً من أمواله وتسري عليه أحكام القاصر المأذون.

ولم يعط القانون هذا الحق للمجنون والمعتوه لفقدانهما أصل العقل الذي يميزان به الضار من النافع، بخلاف السفيه والمغفل فإن ما فيهما من ضعف العقل أو التمييز يجعلهما كالصبي المميز.

أحكام المفقود

المفقود هو الذي غاب فلم تعرف حياته من موته، أو كانت حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان (المادة ٢٠٢) وكذلك يعتبر كالمفقود من غاب فمنعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره (المادة ٢٠٣).

وللمفقود أحكام تتعلق بزوجته، وأحكام تتعلق بماله، أما ما يتعلق بزوجته فقد تقدم معنا أن لها طلب التفريق بينها وبينه بعد سنة من غيابه إذا غاب لغير عذر مقبول (المادة ٢٠٩) وقد ذكرنا عند شرح هذه المادة أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب مالك وأحمد.

وأما ما يتعلق بماله فقد ذكر القانون أنه إذا ترك وكيلاً عامّاً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له وكيلاً قضائياً (المادة ٢٠٤).

واعتبار المفقود ميتاً إذا بلغ الثمانين من العمر ولم يعد، هو أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، وهنالك أقوال أخرى لم يأخذ بها القانون.

هذا هو الحكم بالنسبة إلى مالِهِ. أما بالنسبة إلى نصيبه في مال غيره بالإرث مثلاً، فسيأتي حكم ذلك في أبحاث المواريث عند شرح المادة ٣٠٢ إن شاء الله.

* * *

الفصل الثالث
في الولاية وأقسامها[1]

تحدثنا في أبحاث الزواج[2] عن معنى الولاية وأقسامها. وقلنا أن الولاية تنقسم إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية عليهما معاً.

الولاية على النفس:

تشمل كل ما يحتاج إليه القاصر من عناية ورعاية، ومن ذلك:

١ ـ التأديب والتهذيب وتعويده على الأخلاق الحسنة، وإبعاده عن رفاق السوء ومواطن الفساد.

٢ ـ رعاية صحته ونموه الجسمي، وحمايته من الأمراض وعلاجه منها.

٣ ـ تعليمه وتثقيفه في المدارس التي تتولى ذلك على أحسن وجه.

٤ ـ توجيهه إلى حرفة يكتسب بها معيشته كيلا يكون عالة على المجتمع.

٥ ـ الإشراف على زواجه واختيار من يسعد بها وتسعد به.

وهذه الولاية تكون للأب ثم للجد العصبي ثم لأقربائه من العصبات وفق ما ذكرناه في أحكام الزواج.

الولاية على المال:

وهي الإشراف على شؤون القاصر المالية، بحفظ ماله وتنميته واستيفاء حقوقه والإنفاق عليه بما تقتضيه مصلحته وحاجاته.

وهذه الولاية تكون للأب ثم للجد العصبي عند عدمه فحسب، وليس لغيرهما من الأقرباء هذه الولاية إلا باختيار منهما أو من القاضي، وعندئذٍ يعتبر الولي القريب وصياً يأخذ حكم الأوصياء.

---

(١) انظر ابن عابدين: ٥/١١٠.

(٢) انظر الجزء الأول الصفحة ١٣٦.

الولاية على النفس والمال:

وهي للأب ثم للجد عند عدمه، ولا يملكها غيرهما من الأقرباء.

شروط الولاية:

هي نفس الشروط التي ذكرناها في بحث الولاية في الزواج: أن يكون عاقلاً بالغاً متحداً في الدين مع القاصر، كما يشترط أن يكون أميناً عليه غير مفسد ولا مفرط في رعايته، فلا ولاية لغير بالغ، ولا لغير عاقل، ولا لسفيه، لأن هؤلاء في حاجة إلى من يتولى شؤونهم فلا يصلحون للولاية على غيرهم، وإذا كان الولي ـ أباً أو غيره ـ فاسد الأخلاق يُخشى منه على خُلُق الصغير أو على ماله فلا ولاية له عليه، وتنتقل الولاية حينئذٍ إلى الأصلح من العصبات وفق الترتيب الذي ذكرناه في ولاية الزواج ـ إذا كانت الولاية على النفس ـ لأن الأساس في الولاية إصلاح حال الصغير، فمن فقد الصلاح في نفسه، لم يكن أهلاً لإصلاح غيره.

صلاحيات الأولياء:

إذا كان الأب أو الجد راشداً غير مبذر ولا معروف بسوء التدبير، كان له أن يتصرف في مال ولده القاصر كما يتصرف في مال نفسه، من بيع وشراء وإجارة وإعارة وإجراء لسائر العقود، إلا التبرعات، فإنه لا يملك صلاحية التبرع من مال القاصر، لأن ولايته عليه لحفظ ماله، وفي التبرع ضياع لماله.

وقد جرى الخلاف في رهن الأب مال ولده في دين الأب، فأجازه أبو حنيفة ومحمد ومنعه أبو يوسف. كما جرى الخلاف أيضاً في جواز أداء الأب دينه من مال ولده على أن يكون مضموناً على الأب، فقيل: يجوز، لأنه لا ضرر على الولد من ذلك ما دام الأب ضامناً للأداء، وقيل: لا يجوز، لأن هذا التصرف ضرر محض، والأب لا يملكه، وقد يعجز عن أداء ما ضمنه، فيتضرر الولد بضياع ماله.

ويجوز أن يبيع الأب ماله من ولده الصغير، وأن يشتري مال الصغير لنفسه، إذا لم يكن متهماً في هذا البيع والشراء.

الأحكام القانونية:

جاءت أحكام القانون في ولاية الأب والجد متفقة مع ما ذكرناه من الأحكام الفقهية إلا في بعض الحالات احتياطاً لمصلحة الغير:

فقد نصت المادة (١٧٠) في فقرتها الأولى على أن للأب ثم للجد العصبي الولاية على نفس الصغير وماله، وأنهما ملزمان بالقيام بها، لأنها واجب شرعي بصلة الأبوة والبنوة فلا يملكان التخلي عنها.

كما نصت الفقرة الثانية في المادة المذكورة على أنه ليس للأقرباء العصبات - ما عدا الأب والجد - إلا الولاية على النفس فحسب، أما الولاية المالية فلا.

وبينت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة حدود الولاية على النفس بأنها هي سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة اكتسابية والموافقة على التزويج وسائر أمور العناية بشخص القاصر.

ونصت المادة (١٧٢) على أن للأب وللجد العصبي عند عدم الأب دون غيرهما من الأقرباء، الولاية المالية على القاصر في حفظ ماله والتصرف به واستثماره - وهذا يفيد عموم التصرفات المالية إلا ما استثناه القانون فيما بعد - ولا ينتزع منه مال القاصر إلا إذا ثبتت خيانته أو سوء تصرفاته فيه، وهذا يتفق مع الأحكام الفقهية التي ذكرناها، وكذلك ليس له أن يتبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً وليس له بيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوِّغ، وفي هذا بعض المخالف للأحكام الفقهية.

أما التبرع فإن الفقهاء لم يجيزوه أصلاً من مال القاصر، لا للأب والجد ولا لغيرهما من الأوصياء، لما فيه من الإضرار بمال القاصر، وقد جاء نص القانون متفقاً مع رأي الفقهاء في هذا الموضوع.

وأما تقييد بيع عقار القاصر ورهنه بإذن القاضي فنرى أن ذلك من قبيل الاحتياط في صيانة ماله، لأن الضرر الذي يناله ببيع عقاره أكثر من الضرر الذي يلحقه ببيع ماله المنقول في الغالب، وسنرى في أحكام الأوصياء أن بيع الوصي لعقار القاصر يتقيد بحالات خاصة بخلاف بيع منقوله، وهذا يفيد أن لبيع العقار بالنسبة للقاصرين احتياطاً خاصّاً، فما ذهب إليه القانون له وجه من النظر الفقهي.

هذا وقد استثنت المادة (١٧١) من ولاية الأب أو الجد على مال القاصر، ما

إذا تبرع إنسان بمال للقاصر واشترط أن لا يتصرف الأب أو الجد في هذا المال، فإنهما لا ولاية لهما حينئذٍ على ذلك المال احتراماً لإرادة المتبرع، وتنصب المحكمة وصيّاً خاصّاً للمال المتبرَّع به، وهذا حق، لما فيه من رعاية مصلحة الصغير واحترام إرادة المتبرع في وقت واحد.

ويلاحظ أن هذه المادة (١٧١) جاءت في أحكام الولاية على النفس، قبل المادة (١٧٢) التي تتحدث عن الولاية المالية، وكان ينبغي تأخيرها عن هذه المادة كما يقتضيه نسق التأليف والترتيب.

ثم تحدث القانون عن الأحوال التي تنتزع فيها الولاية المالية من الأب والجد أو تحد منها أو توقف، فنصت المادة (١٧٣) على أنه إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر، أو خيف عليها فللمحكمة أن تنتزع ولايته أو تحد منها.

ونصت المادة (١٧٤) على إيقاف الولاية إذا اعتبر الولي مفقوداً أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع، ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر. وهذا يفيد أن الولاية تعود إليه إذا زال سبب من تلك الأسباب التي أدت إلى إيقاف ولايته، فإذا رفع عنه الحجر أو أعيدت إليه حريته عاد إليه حق الولاية كما كان من قبل.

كما نصت المادة (١٧٥) على أن المحكمة تعيّن وصيّاً خاصّاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه، أو عند تعارض مصالح القاصرين بعضها مع بعض

* * *

الفصل الرابع
في الوصاية والأوصياء[1]

أ ـ شروط الأوصياء وأقسامهم

تعريف الوصي:

تقول «أوصيتُ إلى فلان» أي أعطيتَه حق التصرف بعد موتك ـ غالباً ـ فيما كان لك من حق تتصرف فيه، كقضاء الديون واقتضائها، ورد الودائع واستردادها، وتفريق وصيتك، والولاية على أولادك الصغار أو المجانين أو الذين لم يؤنس منهم الرشد، والنظر في أموالهم والتصرف فيها بما يحفظها لهم من الضياع والنقصان.

تقسيم الوصي:

الوصي قسمان:

١ ـ الوصي المختار: وهو الذي يعهد إليه الأب أو الجد بالإشراف على أموال أولاده أو أحفاده.

٢ ـ وصي القاضي: وهو الذي ينصبه القاضي للإشراف على التركة والأولاد.

ووصي الميت أقوى من وصي القاضي عند الفقهاء خلافاً للقانون كما سنذكره.

شروط الوصي:

يشترط في الوصي أن تتحقق فيه أربعة شروط[2]:

---

(١) انظر ابن عابدين: ٥: ٤٤٧.

(٢) يزيد الفقهاء شرطاً خامساً ـ الحرية ـ ولم يبق لهذا الشرط معنى.

١ ـ الإسلام:

وذلك بالنسبة للمسلم فحسب، فلا بدّ من وصيّه أن يكون مسلماً لأن الإيصاء كالولاية، فيجب أن يكون الخلف من جنس السلف.

أما غير المسلم فيجوز أن يوصي إلى غير المسلم أيضاً إذا توفرت فيه الشروط التالية: وهي البلوغ والعقل والعدالة.

٢ ـ البلوغ:

وذلك شرط في سائر التصرفات، فإن غير البالغ قاصر النظر لا يهتدي إلى وجوه المنفعة، فكيف يوكل إليه أمر النظر في شؤون اليتامى وتنمية أموالهم وحفظها والإشراف على إنفاقها؟

٣ ـ العقل:

وذلك أيضاً شرط في سائر التصرفات، فإن المجنون لا يهتدي إلى التصرف النافع بحق نفسه، فكيف يوكل إليه التصرف في شؤون غيره.

٤ ـ العدالة:

والأصل اشتراطها في الشهادة لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ثم اشترطت في كثير من العقود والتصرفات، لأن الشهادة ولاية فلا بدّ فيها من وجود الصدق والاستقامة حتى تكون الولاية خالصة النفع، بعيدة عن الشك في ذمته وأمانته.

الخلاف في تعريف العدالة:

وبين العلماء خلاف كبير في تعريف العدالة، فقال بعضهم: هي البعد عن المحرمات الظاهرة التي أوجب الشارع فيها عقوبات معينة، كالزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف.

وقال آخرون: هي البعد عن كل ذنب توعدت الشريعة على فعله بالعقاب والإثم كالكذب والغيبة وغير ذلك.

واشتراط العدالة إنما هو لإيجاد الثقة في تصرفات من تشترط فيه، كالشاهد والوصي، وهي تؤدي إلى تحديد صفتين لا بدّ منهما: الأمانة، وحسن السمعة.

فمن عُرف بين الناس بالخيانة، لا يصح أن توكل إليه الوصاية من الأموال واليتامى خوفاً من أكله للأموال وإضراره باليتامى، فتضيع حكمة الوصاية إليه.

ومن عرف بسوء السمعة، إما بارتكاب منكر خلقي أو بتصرف شاذٍّ، أو مخالف للمألوف، أو منافٍ لأعراف الناس، بحيث ينظر إليه نظر اشمئزاز واستغراب، فهذا لا يصح الإيصاء إليه، لأنه إما أن يكون شاذ التفكير فلا يطمئن إلى حسن تصرفاته، وإما أن يكون مستهتراً بأذواق الناس وعرف المجتمع وآداب السلوك ومبادئ الأخلاق، وذلك نقص في التفكير وانحراف في العقل.

وبذلك تعرف أن ما يذكره الفقهاء في بحث العدالة، حين يعددون أفعالاً تخالف العدالة كالأكل في الطريق، وكشف الرأس والنظر إلى مرآة الحجام، إنما هي مبنية على عرف شائع في تلك العصور، ولا يلزمنا أن نتابعهم فيها إذا اختلف العرف، فقد كان كشف الرأس أمراً معيباً يدل على خفة عقل الرجل واستهتاره بكرامة المجتمع، وذلك من شأنه أن يلحق بصاحبه العيب والاشمئزاز منه، أما الآن فقد اختلف العرف وأصبح كشف الرأس في أوساط الناس أمراً معتاداً فلا يصح أن نقول بأن كشف الرأس مسقط للعدالة.

نعم لا يزال كشف الرأس مسقطاً للعدالة في بعض الأوساط كبعض العلماء ورجال الدين، فمن فعل ذلك ومشى في الطريق العامّ كاشف الرأس، فقد سقطت عدالته في الوسط الذي ينكر ذلك، ـ بناءً على أقوال الفقهاء ـ لأنه فعل أمراً ينكره المجتمع من مثله، ويعده دليل الشذوذ والنقصان.

شروط مختلف فيها:

وهنالك بعض الشروط التي هي محل خلاف، ومن ذلك:

١ ـ الذكورة.

٢ ـ البصر.

هل تصح وصاية المرأة؟

ذهب أكثر العلماء ومنهم مالك والشافعي وأبو حنيفة: إلى أنه يجوز الإيصاء إلى المرأة، واستدلوا لذلك بأن عمر رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين، وبأنها تصح شهادتها وتصرفاتها المالية كالرجل فتجوز وصايتها أيضاً.

وقال عطاء: لا تجوز الوصاية إلى المرأة لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالصبي.

وهذا مردود بأن الصبي ناقص التمييز، والمرأة تامة العقل والتمييز، بدليل جواز تصرفاتها المالية.

أما عدم جواز توليها القضاء عند من يقول بذلك، فلأمر اجتماعي لا علاقة له بقدرتها على النظر في شؤون اليتامى وتدبير أموالهم.

هل تصح وصاية الأعمى؟

قال الجمهور: تصح الوصاية إلى الأعمى، واستدلوا بذلك بأن الوصاية تحتاج إلى الخبرة وحسن التصرف، والعمى لا ينفي ذلك، فكم من أعمى أحسن تصرفاً وأبعد نظراً من كثير من المبصرين، وبأن الأعمى من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار، فصح أن يوصى إليه كالبصير..

وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تصح الوصاية إلى الأعمى، لأنه لا يصح بيعه ولا شراؤه عندهم، فكيف يوصى إليه بما لا يملكه لنفسه؟

وهذا باطل لأن الجمهور على صحة بيع الأعمى وشرائه، ولو فرضنا عدم صحة ذلك منه، فمن الممكن أن يوكل بالبيع والشراء، وأيضاً فالأعمى تصح منه الشهادة، وله الولاية في النكاح وعلى أولاده الصغار كالبصير، فكيف لا يصح الإيصاء إليه؟

هل تبطل الوصاية بفقد أحد شروطها؟

قلنا أن الشروط الأربعة السابقة قد أجمع العلماء على اشتراطها في الوصي، لكن اختلفوا: هل فقد شرط منها يبطل الوصاية إليه أصلاً، أم تقع صحيحة ثم يعزله القاضي؟.

هنالك روايتان في مذهب الحنفية:

الرواية الأولى: وهي المعتمدة عندهم، وتروى عن الإمام أحمد أيضاً: أن من أوصى إلى خائن مثلاً صحت الوصاية، والقاضي يخرجه عنها وينصب غيره، لأن أصل النظر والتمكن من حيث التصرف ثابت له، إذ هو عاقل بالغ، إلا أن

تمام النظر وكمال التصرف منه غير موجود لقيام المانع وهو عدم أمانته، فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه.

والرواية الثانية: وهي قول ثانٍ للإمام أحمد، أنها تقع باطلة لأنه لا يجوز أن يتولى شؤون الصغير في حياة أبيه، فكذلك بعد موته، ولأن الوصاية ولاية وأمانة والخائن ليس أهلاً لذلك.

ومن ثمرة الاختلاف في هاتين الروايتين، أن من أوصى بأولاده إلى خائن غير مؤتمن، كان تصرفه جائزاً حتى يخرجه القاضي، بناءً على الرواية الأولى، وغير جائز ولا نافذ، على الرواية الثانية، حتى كأن الميت لم يوصِ إلى أحد فيقيم الحاكم وصيّاً من قبله.

وقد يكون من ثمرة هذا الاختلاف ما إذا أوصى إلى صبي ثم بلغ قبل أن يخرجه القاضي، فقال أبو حنيفة: لا يكون وصيّاً، لأن الوصاية انعقدت باطلة وقال الصاحبان: يكون وصيّاً لزوال موجب العزل وهو الصغر.

متى تلزم الوصاية؟

إذا أوصي إلى إنسان فلا تخلو من الحالات التالية:

١ ـ أن يقبل الموصى إليه بالوصاية في حال حياة الموصي، ويستمر على القبول حتى يموت الموصي، وعندئذٍ تلزمه الوصاية، وليس له أن يُخرج نفسه بعد ذلك، لأن الميت مضى لسبيله وهو معتمد على قبول الوصاية، مطمئن إلى وجود من يشرف على شؤون أولاده وتركته من بعده، فلو رفض القيام بالوصاية حينئذٍ، كان مغرِّراً بالموصي، وملحقاً ضرراً بالغاً بأولاده وتركته.

٢ ـ وكذلك إذا ردَّ الوصاية في حياة الموصي، ولكنه لم يبلغه الرد على ذلك حتى مات، فالوصاية لازمة ولا يمكنه رفضها.

٣ ـ وإن ردَّ الوصاية في حياة الموصي، وعلم الموصي بذلك جاز، لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه الإشراف على شؤون أولاده، ولا ضرر يلحقه من ذلك لإمكان أن ينصّب وصياً غيره.

٤ ـ وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي، فهو بالخيار: إن شاء قبل الوصاية، وإن شاء لم يقبل، لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام، ولم يبدر من الموصى إليه ما يدل على قَبوله في حياة الموصي فانتفى التغرير منه.

٥ ـ وإن سكت فلم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي، ولكنه قال بعد ذلك: لا

أقبل، ثم أعلن قبوله، كان له ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصاية بعد رفضه، لأن رفضه بعد موت الموصي لا يبطل الإيصاء، لما في إبطاله من ضرر بمصلحة الميت، فإذا عاد إلى القبول قبل أن ينصب القاضي وصياً غيره فقد استعمل حقاً ثابتاً له بوصاية الميت، أما إذا نصب القاضي غيره بعد رفضه، فلا يعود إلى الوصاية لبطلانها بإبطال القاضي لها وتعيين غيره محله.

٦ - ولو سكت عن قبول الوصاية، ثم تصرف بما يدل على قبولها: كأن يبيع شيئاً من تركة الموصي، أو يشتري للورثة شيئاً أو يقضي عنهم ديناً أو يقبض لهم ديناً، كان ذلك قبولاً للوصاية دلالة كما لو قبلها بقول صريح.

هل يجوز للموصي عزل الوصي؟

لا خلاف في أن للموصي أن يعزل الوصي متى شاء، سواء كان ذلك قبل قبوله الوصاية أو بعدها، إذا كان الوصي حاضراً.

أما إذا كان غائباً فهل يشترط علمه بالعزل حتى ينعزل؟

قال أبو حنيفة: لا يشترط، فلو عزل بطلت وصايته ولو لم يعلم، وكل تصرفاته قبل العلم بالعزل باطلة.

وقال أبو يوسف: لا ينعزل حتى يعلم بذلك، فما تصرف به قبل العلم بعزله يقع صحيحاً نافذاً.

هل يجوز للقاضي عزل الوصي؟

يختلف الحال بين الوصي المختار ووصي القاضي، أما الوصي المختار فله حالات:

- أن يكون عدلاً كافياً قادراً على القيام بشؤون الوصاية وحده فليس للقاضي عزله.
- أو يكون عدلاً ولكنه عاجز عن القيام بها وحده. فيضم إليه غيره.
- أو يكون عدلاً عاجزاً عن القيام بالوصاية مطلقاً، فيستبدل به غيره، فإن قدر بعد ذلك، أعاده وصياً كما كان.
- أو يكون غير عدل، فللقاضي عزله وتنصيب آخر مكانه.
- أو يكون عدلاً، ولكن تقدم الورثة بالشكوى منه فلا يعزله القاضي حتى تثبت خيانته.

- أو يكون عدلاً عند الوصاية ثم فسق بعد ذلك، أو كان عاقلاً فجن، فيعزله القاضي ويولي غيره مكانه.

وأما وصي القاضي فله عزله متى رأى المصلحة في ذلك.

هل يجوز للوصي عزل نفسه؟

قدمنا أنه لا يجوز لوصي الميت إذا قبل الوصاية في حال حياته أن يرفضها بعد موت الموصي، وعلى هذا فلا يصح أن يعزل نفسه أو يطلب من القاضي عزله.

ويُستثنى من ذلك الحالات التالية:

١ ـ أن يكون قد اشترط على الموصي أن يعزل نفسه متى شاء، وقبل الموصي ذلك.

٢ ـ أن يدعي عيناً على الميت، فيتهمه القاضي بذلك ويخرجه من الوصاية.

٣ ـ أن يدعي كثرة أشغاله، وعجزه عن القيام بشؤون الوصاية، ويتأكد القاضي من ذلك، فيعزله ويستبدل به غيره.

موقف القانون:

نصت المادة (١٧٦) في فقرتيها الأولى والثانية على أن للأب وكذا للجد عند فقد الأب أن ينصب وصياً مختاراً لولده القاصر والحمل، وأن له أن يرجع عن إيصائه إليه، وأن الوصاية تعرض على المحكمة لتثبيتها.

كما نصت المادة (١٧٧) عل أنه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار تعين المحكمة العليا وصياً.

وهذا يتفق مع ما ذكرناه من الأحكام الفقهية، وينبغي أن نلاحظ على نص القانون الملاحظات التالية:

١ ـ إن القانون أوجب أن تعرض وصاية الوصي المختار على المحكمة (لتثبيتها) وهذا من التنظيم الذي لا بدّ منه لتعترف المحكمة بسلطة الوصي المختار ونفاذ تصرفاته.

٢ ـ إن المحكمة ليست لها صلاحية (إلغاء) الوصاية بالنسبة للوصي المختار، بل مهمتها (تثبيت) الوصاية، وهذا حق، فما دام الوصي المختار مستوفياً لشروط

الوصي فليس من حق المحكمة عزله، لأن الأب أو الجد ما اختار الوصي على ولده إلا لثقته به وتأكُّده من أهليته للوصاية، وهو أوفر شفقة من المحكمة فينبغي احترام إرادته.

٣ ـ إن القانون أجاز نصب وصيٍ مختار (للحمل) والفقهاء لم يذكروا ذلك، ولكن القواعد الفقهية لا تأباه، فإن الحمل قد يكون له مال ـ بالإرث أو غيره ـ فتقتضي مصلحته إقامة وصي يتولى حفظ ماله والإشراف عليه.

ثم نص القانون على شروط الأوصياء فذكرت المادة (١٧٨) في فقرتها الأولى على أنه يجب أن يكون الوصي عدلاً قادراً على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة وأن يكون من مِلَّة القاصر[(١)].

وتلك هي الشروط التي نص عليها الفقهاء وذكرناها من قبل.

ثم نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه لا يجوز أن يكون وصيّاً:

أ ـ المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان أو تزوير أو جريمة من الجرائم المخلّة بالأخلاق والآداب العامة.

ب ـ المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره.

جـ ـ من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية.

د ـ من كان بينه هو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.

ولا يخفى أن هذه الصفات التي تحرم صاحبها أهلية الوصاية، منها ما يرجع إلى

---

(١) يلاحظ أن القانون المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو الأصل الذي اقتفى أثره قانوننا في أحكام الأهلية كما جاء في المذكرة التفسيرية ـ قد اشترط في المادة ٢٧ أن يكون الموصي من طائفة القاصر ـ كالأقباط أو الروم الأرثوذكس مثلاً ـ أو من أهل مذهبه ـ كالأرثوذكس والكاثوليك مثلاً ـ إن لم تتوافر الصلاحية في أحد المنتمين إلى أحد طائفته، أو من أهل دينه بوجه عام ـ كالمسيحية ـ إن لم يوجد في أبناء طائفته أو مذهبه من يصلح للقيام بشؤون الوصاية، ولكن قانوننا لم يذهب إلى هذا الترتيب بل اشترط أن يكون الوصي من «ملة» القاصر أي من دينه فيجوز بالنسبة إلى المسيحيين أن يتولى الوصاية على الصبي المنتمي للطوائف الأرثوذكسية من كان من الطوائف الكاثوليكية.

فقدان العدالة، ومنها ما يرجع إلى الاحتياط لمصلحة القاصر خوفاً من الإضرار به.

الوصي المؤقت:

قد تقتضي مصلحة القاصر تعيين وصي خاص مؤقت غير الوصي المختار أو المعين من قبل القاضي، وهذا ما أجازه القانون.

فنصت المادة (١٨٨) في فقرتها الأولى على أنه إذا رأت المحكمة كف يد الوصي عينت وصياً مؤقتاً لإدارة أموال القاصر إلى حين زوال سبب الكف أو تعيين وصي جديد.

ونصت المادة (١٧٩) على أن القاضي ينصب وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو من يمثلهم الوصي إذا لم يبلغ هذا التعارض النزاع القضائي المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة (١٧٨).

ونصت (الفقرة ٢ من المادة ١٨٨) على أنه تسري على الوصي المؤقت أحكام الوصاية الواردة في القانون.

ب ـ صلاحيات الأوصياء

الأحكام الفقهية:

يختلف مدى الصلاحيات بين الوصي المختار وبين وصي القاضي، والوصي المختار أوسع صلاحية من وصي القاضي بوجه عام.

تصرفات الوصي المختار:

الأصل أن تصرفات الوصي، في مال القاصر مقيدة دائماً بمصلحته، وعلى هذا تدور جميع تصرفات الوصي من بيع واستئجار وغير ذلك. وإليك التفصيل:

في بيع المنقول والعقار:

إذا مات الموصي وخلف تركة غير مستغرقة بالدين والوصية، فهناك حالات متعددة للورثة.

أ ـ أن تكون الورثة كلهم كباراً:

وهم إما أن يكونوا حضوراً أو غائبين:

١ ـ فإن كانوا حضوراً فليس للوصي بيع شيء من التركة من غير أذنهم، لأنه لا ولاية له عليهم، وإنما يملك اقتضاء ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة الكبار.

٢ ـ وإن كانوا غائبين:

- فللوصي بيع الأموال المنقولة وحفظ ثمنها لهم.
- وليس له بيع العقار، لأنه نائب عن الأب في تصرفاته، والأب نفسه لا يملك أن يبيع عقار ولده الكبير، وإن كان يملك بيع أمواله المنقولة، لأنها يخشى عليها من الضياع والتلف بخلاف العقار.

ب ـ أن يكون الورثة صغاراً:

ـ ففي المنقولات، يجوز للوصي بيعها ولو بغبن يسير، سواء كانت هنالك حاجة للبيع كأداء دين أو وصية أو نفقة على الصغار، أو لم تكن هنالك حاجة لأن أثمان المنقولات أبقى منها، وقد يكون أنفع للورثة.

ـ وفي العقار، لا يجوز للوصي أن يبيعه إلا في أحوال ثلاثة:

أولاً ـ أن تتعلق بالتركة حقوق لا يمكن استيفاؤها إلا ببيع العقار، وذلك:

١ ـ كأن يكون على الميت دين في التركة.

٢ ـ أو تكون له وصية مطلقة، أي بدراهم مرسلة كألف درهم مثلاً، وعندئذٍ يجوز بيع العقار لقضاء الدين وتنفيذ الوصية، أما لو كان في التركة مال يمكن أداء الدين منه أو تنفيذ الوصية، فلا يجوز للوصي بيع العقار، لأنه أبقى وأضمن من المنقول.

ثانياً ـ أن يكون بيع العقار خيراً للقاصر من بقائه، وذلك:

١ ـ أن يباع بضعف قيمته أو أكثر، كدار قيمتها خمسون فباعها الوصي بمائة.

٢ ـ أن تكون نفقات العقار تساوي ربعه أو تزيد.

٣ ـ أن يكون مال العقار إلى الخرب، أو معرضاً للنقصان.

٤ ـ أن يكون في يد متغلب ظالم لا أمل في استخلاصه منه أو لا يُتوصل إلى استخلاصه إلا بنفقات تزيد على قيمته.

٥ ـ أن يُخشى عليه من متغلب لا يمكن استرداده منه إذا وضع يده عليه.

ثالثاً ـ أن تكون حاجة القاصر ملزمة لبيع العقار، وذلك:

١ ـ أن يحتاج إلى نفقة عاجلة من أكل ولباس ونفقة تعليم، وليس في التركة مال منقول.

٢ ـ أن يحتاج إلى تجهيزه وتكفينه، وكذا تجهيز من تلزمه نفقته كالزوجة وليس في التركة مال.

٣ ـ ويلحق بذلك دفع ضريبة للدولة يُخشى من تأخيرها الحجز على عقارات القاصر.

جـ ـ أن يكون في الورثة كبار وصغار:

والحكم حينئذٍ أن يعامل كل من الورثة بما سبق بيانه.

في الإتِّجار:

١ ـ يجوز أن يتَّجر الوصي بمال القاصر للقاصر، ولا يجوز أن يتجر به لنفسه.

٢ ـ يجوز أن يبيع مال نفسه للقاصر وأن يشتري مال القاصر لنفسه بشرط أن يكون فيه مصلحة ظاهرة للقاصر، وقد قدرها الفقهاء بأن يشتري منه ما يساوي خمسين بمائة، أو يبيعه ما يساوي مائة بخمسين.

وحكمة هذا الشرط هو البعد عن مظانِّ التهمة، كيلا يظن بالوصي أنه اشترى مال القاصر لمنفعة نفسه.

٣ ـ يجوز أن يبيع مال القاصر لقريب للوصي لا تقبل شهادته له كالابن مثلاً، أو لوارث الميت، كما يجوز أن يشتري منهم للقاصر، بالشرط المذكور في الصورة السابقة، وهو أن يكون في هذا العقد منفعة ظاهرة للقاصر.

٤ ـ يجوز أن يبيع مال القاصر لأجنبي بمثل القيمة. أو بغبن يسير يتسامح فيه الناس، وإلا فلا يجوز، ويكون الوصي ضامناً.

٥ ـ يجوز أن يبيع لأجنبي بالنسيئة، مع الاحتياط لمصلحة القاصر، بحيث يكون الدين مضموناً، كأن يكون المشتري ممن عرف بالاستقامة وأداء الدين من غير تأخير ولا مماطلة، وكأن يكون الأجل قريباً غير بعيد.

في الإنفاق من مال القاصر:

ينفق الوصي على القاصر ما يحتاج إليه، من غير تقتير ولا إسراف، بل يراعي وضع القاصر المالي ووضعه الاجتماعي.

وله أن يزيد في الإنفاق إن ظهر خطأ في التقدير الأول، أو دعت الحاجة إلى الزيادة.

في الإنفاق من مال الوصي:

إذا احتاج القاصر للنفقة، وماله غائب، أو لم يكن له مال أصلاً، يجوز للوصي أن ينفق عليه من ماله الخاص في لوازمه الضرورية وأن يرجع عليه إذا أشهد حين الإنفاق أنه يريد الرجوع على القاصر في ماله، فإن لم يُشهد فلا يجوز له الرجوع، لأنه يكون كالمتبرع من ماله للقاصر.

في الرهن:

يجوز للوصي أخذ رهن أو كفيل بالدين المطلوب للميت أو القاصر.

في القرض:

لا يجوز للوصي أن يستقرض مال القاصر ولا أن يقرضه لأجنبي فلو فعل ذلك أثم، ولا يكون خيانة يعزل بها.

في المصالحة:

لا يجوز للوصي أن يصالح عن دين للميت أو القاصر، إذا لم يكن معهما بينة، وكان الغريم منكراً.

في استئجار القاصر:

يجوز للوصي أن يستأجر القاصر، وأن يستعمله بغير عوض، بقصد التهذيب والتعليم.

ولا يجوز أن يؤجر نفسه للقاصر لمظنة التهمة.

في المقاسمة:

يجوز للوصي أن يقاسم الموصى له نيابة عن الورثة الصغار، أو الكبار الغائبين في غير العقار.

فلو هلك مال الورثة الغائبين أو الصغار بعد المقاسمة، لا يرجعون بشيء في مال الموصى له، لأنه أخذ نصيبه بقسمة يملكها الوصي فلم يكن متعدياً.

ولا يجوز للوصي أن يقاسم الورثة نيابة عن الموصى له بالثلث، لأنه لا ولاية له عليه.

فلو هلك مال الموصى له في يد الوصي، رجع الموصى له على الورثة فأخذ ثلث ما في أيديهم، لأن القسمة التي قام بها الوصي لا تنفذ على الموصى له، إذ لا ولاية عليه، ولا يضمن الوصي شيئاً لأنه أمين في المال، وله ولاية حفظه، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة.

في الإقرار:

لا يجوز للوصي أن يقرَّ بشيء من التركة إذا كان أجنبياً.

فإن كان وارثاً جاز إقراره بحق نفسه فقط، أي يأخذ جميع ما أقر به من حصته.

بخلاف إقرار الوارث بالوصية حيث يلزم بثلث حصته.

وقيل إن الدين كالوصية فيلزم بما يخص حصته منه، والأول أصح.

في دفع الديون:

يجوز للوصي دفع الديون الثابتة على القاصر كالخراج والعشر.

في المطالبة بالديون:

يجوز للوصي أن يطالب بالدين ويخاصم فيه ويقبضه.

في التبرع:

ليس للوصي أن يتبرع بشيء من مال القاصر، لا بالهبة ولا بالوصية ولا بالوقف.

في قَبول التبرعات:

وللوصي أن يقبل كل تبرع للقاصر من هبة أو وصية أو وقف.

في الوكالة:

كل ما جاز للوصي أن يعمله، جاز له أن يوكل فيه غيره، ويعزل الوكيل بموت الوصي أو القاصر.

الخلاصـة:

أن الوصي المختار:

١ ـ يتصرف في أموال القاصرين بكل ما كان نفعاً محضاً، كقبول التبرعات وقبض الديون وتحصيل الغلاَّت.

٢ ـ ويتصرف بما يحتمل النفع والضرر، كالإتجار بأموالهم وبيع منقولاتهم وشراء عقار أو منقول، وتأجير عقاراتهم ومنقولاتهم، كل ذلك بمثل القيمة أو بغبن يسير، إذا بذل جهده في النصح وتحقيق الفائدة.

٣ ـ وله أن يبيع مال نفسه للقاصرين، وأن يشتري مالهم لنفسه بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر لهم.

٤ ـ وليس له أن يتصرف في أموالهم بما هو ضرر محض، أو ما يكون ضرره أكبر من نفعه، كالتبرع بأموالهم، والتنازل عن حقوقهم، والإقرار بحق غير ثابت عليهم، وتأجير العقار أو بيعه بثمن فاحش.

تصرفات وصي القاضي:

أما وصي القاضي فهو كالوصي المختار، يتصرف في كل ما كان نفعاً محضاً للقاصرين. ويقوم بالإشراف على شؤونهم، ويعمل على حفظ أموالهم وتنميتها إلا في حالات معينة يختلف فيها عن الوصي المختار، وهذه هي خلاصتها:

١ ـ ليس لوصي القاضي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال القاصر، ولا أن يبيع شيئاً، بخلاف الوصي المختار فإنه يجوز له ذلك إذا كان فيه منفعة ظاهرة للقاصر كما تقدم.

٢ ـ وصي الميت لا يقبل التخصيص على رأي أبي حنيفة، أما وصي القاضي فيقبل التخصيص.

٣ ـ ليس لوصي القاضي أن يبيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادته للوصي، ولا أن يشتري منه شيئاً، بخلاف الوصي المختار فإن له ذلك.

٤ ـ ليس للقاضي سؤال وصي الميت عن مقدار التركة، ولا أن يتكلم معه في أمرها، بخلاف وصي القاضي..

٥ ـ إذا أوصى وصي القاضي لآخر على تركته، لم يكن وصياً على التركتين بخلاف الوصي المختار.

٦ ـ وصي القاضي إذا كان موكلاً بالخصومة في عقار القاصر، فليس له قبضه إلا

بإذن مبتدأ من القاضي، إلا أن يكون قد وكله بالخصومة والقبض معاً، أما الوصي المختار فإنه يملك القبض من غير إذن.

٧ ـ ليس لوصي القاضي إيجار القاصر، أما الوصي المختار فله ذلك كما تقدم.

الأحكام القانونية:

مشى القانون على عدم التفرقة بين الوصي المختار وبين وصي القاضي في كل الحالات، وحدَّ من صلاحيات الأوصياء بما يضمن عدم التلاعب في أموال القاصرين، وجعل المحكمة هي التي تشرف على سائر التصرفات، وإليك ما جاء من نصوص القانون في ذلك:

نصت المادة (١٨٠) على أن تبرع الوصي من مال القاصر باطل.

ونصت المادة (١٨١) على أنه إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار فللوصي بإذن المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي.

ونصت المادة (١٨٢) على أنه لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية:

أ ـ التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني.

ب ـ تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه.

جـ ـ استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر.

د ـ إيجار عقار لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني.

هـ ـ إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه الرشد.

و ـ قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها.

ز ـ الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة محكوماً بها حكماً مبرماً.

ح ـ الصلح والتحكيم.

ط ـ الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم مبرم.

ي ـ رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيره ضرر للقاصر أو ضياع حق له.
ك ـ التنازل عن الدعاوى وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونية.
ل ـ التعاقد مع المحامين للخصومة عن القاصر.
م ـ تبديل التأمينات أو تعديلها.
ن ـ استئجار أموال القاصر أو إيجارها لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه.
ص ـ ما يصرف في تزويج القاصر.

جـ ـ واجبات الأوصياء

تعرض القانون لما يجب على الأوصياء فعله من أمور تتعلق بإخبار المحكمة عن حالة القاصر العقلية وحفظ أمواله في خزائن الدولة أو غيرها، وتقديم حساب سنوي للمحكمة عن تصرفاته المالية لحساب القاصر، إلى ما هنالك من تنظيم إشراف المحكمة في هذه الشؤون.

فنصت المادة (١٨٣) في فقرتها الأولى على أنه إذا رأى الوصي قُبيل بلوغ القاصر الثامنة عشرة أنه مجنون أو معتوه أو أنه لا يؤمن على أمواله إذا ما بلغ هذه السن فعليه أن يخبر المحكمة عن ذلك بعريضة رسميّة لتنظر في استمرار الوصاية عليه، ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن المحكمة تبتُّ في ذلك بموجب وثيقة بعد سماع أقوال القاصر وإجراء التحقيق أو الفحص الطبي.

ونصت المادة (١٨٤) في فقرتها الأولى على أن على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزانة الدولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة كل ما يحصله من نقوده وما ترى المحكمة لزوماً لإيداعه من الإسناد والحلي وغيرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها، ولا يسحب منها شيئاً إلا بإذن القاضي، ونصت المادة المذكورة في فقرتها الثانية على أنه يرفع من هذه الأموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد.

ونصت المادة (١٨٥) في فقرتها الأولى على أن على الوصي أن يقدم حساباً سنوياً مؤيداً بالمستندات وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون.

وفي هذا تقييد لما نص عليه الفقهاء من أن الوصي يقبل قوله بيمينه في كل ما يباح له الإنفاق فيه على القاصر، ولا يُلزم بالبينة إلا إذا كذبه الظاهر، كأن

يدعي أنه أنفق على اليتيم ألفاً والظاهر يحكم عليه بأنه لا تبلغ النفقة ما ادعاه.

واستثنى الفقهاء من عدم لزوم البينة، المسائل التالية حيث يُطالب فيها بالبينة ولا يُكتفى بيمينه:

١ - إذا ادعى الوصي قضاء دين على الميت بغير أمر القاضي، فتلزمه البينة إلا إذا أقر به الوارث وادعى أنه أداه من التركة، فيصدق بيمينه من غير بينة.

٢ - إذا ادعى قضاء الدين من ماله بغير إشهاد، فتجب عليه البينة.

٣ - إذا ادعى أن القاصر استهلك مال شخص آخر، فدفع ضمانه، فلا يقبل إلا بالبينة.

٤ - إذا ادعى أن أبا القاصر مات منذ خمس سنوات مثلاً، وأنه دفع خراج أرضه عن تلك المدة، فكذَّبه القاصر وزعم أن أباه مات منذ سنتين فقط، فيطالب الوصي حينئذٍ بالبينة.

٥ - إذا ادعى الوصي أنه أذن للقاصر بالتجارة، وأنه لزمته بسبب ذلك ديون فقضاها عنه، فيطالب بالبينة.

٦ - إذا ادعى الإنفاق على قريبه المستحق للنفقة، فكذبه القاصر، فلا يقبل قول الوصي ويكون ضامناً للمال إلا إذا أقام البينة على أن القاضي قد فرض النفقة لأخيه ودفع له ما حكم به القاضي من تلك النفقة.

٧ - إذا ادعى الوصي أنه زوج القاصر ودفع له المهر من ماله، وكانت المرأة ميتة، فتلزمه البينة، فإن كانت حية وأقر القاصر بالتزويج صدق الوصي من غير بينة.

هذا ما يذكره الفقهاء، ومنه تلمس حرصهم على التثبيت مما ينفقه الوصي على اليتيم، غير أنهم لم يلزموه بالبينة إلا فيما يحتاج إلى البينة، ولكن القانون احتاط فألزم الوصي تقديم البينة في كل ما ينفقه وهذا احتياط لا بدّ منه.

ثم نصت المادة (١٨٥) في فقرتها الثانية على أن للقاضي أن يعفي الوصي من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة ليرة سورية.

ونصت المادة (١٨٦) على أن للمحكمة أن تلزم الوصي بتقديم كفالة تقدرها المحكمة، وتكون مصاريفها على القاصر.

ونصت المادة (١٨٧) في فقرتها الأولى على أن الوصاية على أموال القاصر تكون بغير أجر، إلا إذا رأت المحكمة بناءً على طلب الوصي أن تحدد له أجراً

ثابتاً أو مكافأة عن عمل معين، ونصت المادة المذكورة في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز فرض أجرة عن مدة سابقة على الطلب.

والأصل في هذا قول الله تعالى في صدد الوصاية على اليتامى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] وهذا النص يفيد أن الوصي إذا كان غنياً وجب عليه أن يقوم بالوصاية من غير أجر، وإن كان فقيراً يأخذ أجره بالمعروف، ولكن الفقهاء المتأخرين أفتوا بأن للوصي الأجر مطلقاً سواء كان غنياً أو فقيراً إذا أبى أن يعمل إلا بأجر، رعاية لمصلحة القاصر، وقد أخذ القانون بهذا كما رأيت

د ـ انتهاء الوصاية وعزل الأوصياء

انتهاء الوصاية:

نصت المادة (١٨٩) على أن مهمة الوصي تنتهي في الأحوال الآتية:

أ ـ بموت القاصر.

ب ـ ببلوغه ثماني عشرة سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغه هذه السن استمرار الوصاية عليه أو بلغها معتوهاً أو مجنوناً.

جـ ـ بعودة الولاية للأب أو الجد.

د ـ بانتهاء العمل الذي أقيم الوصي الخاص لمباشرته أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي المؤقت.

هـ ـ بقبول استقالته.

و ـ بزوال أهليته.

ز ـ بفقده.

ح ـ بعزله.

عزل الوصي:

نصت المادة (١٩٠) في فقرتها الأولى على أن الوصي يعزل في الحالات الآتية:

أ ـ إذا تحقق فيه سبب من أسباب الحرمان من الوصاية المبينة في المادة (١٧٨) من هذا القانون.

ب ـ إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته حكماً مبرماً عن جريمة أخرى لمدة سنة فأكثر ويجوز للقاضي في هذه الحالة الاكتفاء بتعيين وصي مؤقت.

جـ ـ إذا رأت المحكمة في أعمال الوصي أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابه خيانة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن العزل يكون بوثيقة بعد التحقيق وسماع أقوال الوصي وطالب العزل.

واجبات المعزولين والذين انتهت وصايتهم:

نصت المادة (١٩١) في فقرتها الأولى أن على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم خلال ثلاثين يوماً من انتهاء الأموال التي في عهدته، ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد، أو إلى ورثته إن توفي (القاصر) وعليه أيضاً أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة وإلى الناظر إن وجد.

ونصت المادة المذكورة في فقرتها الثانية على أنه إذا توفي الوصي أو حجر عليه أو فقد، فعلى ورثته ومن يمثله تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب.

ونصت المادة (١٩٢) على أن كل وصي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادة السابقة، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان.

ونصت المادة (١٩٤) على أنه يقع باطلاً كل تعهد وإبراء أو مصالحة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ سن الرشد قبل الفصل نهائيّاً في الحساب.

وهذا في ظاهره يخالف الحكم الفقهي من أن الوصي إذا أبرأه القاصر الذي بلغ الرشد من كل ذمة له عليه فقد برئت ذمة الوصي، ولكن الاحتياط الذي سار عليه القانون في كل أحكامه، يحتم أن لا يقبل مثل ذلك الإبراء قبل الفصل نهائيّاً في الحساب لدى المحكمة.

ونصت المادة (١٩٥) أن على وصي الحمل أن يبلغ المحكمة انفصال الحمل حيّاً أو ميتاً، وانقضاء مدة الحمل دون ولادة، وتستمر وصايته على المولود ما لم تعين المحكمة غيره.

عقوبات الأوصياء:

نصت المادة (١٩٣) في فقرتها الأولى على أنه إذا أخلّ الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره وضامناً له كالوكيل.

ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن للقاضي أن يلزمه بتعويض للقاصر لا يتجاوز خمسمائة ليرة سورية وبحرمانه من أجره كله أو بعضه وبعزله أو بإحدى هذه العقوبات، وذلك ما عدا الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابق ويجوز إعفاء الوصي من ذلك كله أو بعضه إذا تدارك ما قصر فيه.

الناظر وواجباته ومسؤولياته:

نصت المادة (١٩٦) على أنه يجوز تعيين ناظر مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي، ويتولى الناظر مراقبة الوصي في إدارة شؤون القاصر، وعليه أن يبلغ القاضي عن كل أمر تقضي مصلحة القاصر رفعه إليه (الفقرة ١ من المادة ١٩٧) وعلى الوصي إجابة الناظر إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

إذا شغرت الوصاية وجب على الناظر فوراً أن يطلب إلى محكمة إقامة وصي جديد (المادة ١٩٨ الفقرة ١) وإلى أن يباشر الوصي الجديد عمله يقوم الناظر من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

يسري على الناظر فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره على أعماله ومسؤوليته عن تقصيره ما يسري على الوصي من أحكام (الفقرة الأولى من المادة ١٩٩).

ينتهي النظر بانتهاء الوصاية مع ملاحظة ما توجبه المادة السابقة (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

القيم والوكيل القضائي:

قلنا أن المشرف على المجنون أو المعتوه يسمى (قيّماً) والمشرف على شؤون المفقود يسمى (وكيلاً قضائياً) وقد بينا ذلك في أحكام المجنون والمعتوه والمفقود.

ونذكر الآن أن القانون قد نص في المادة (٢٠٦) على أن القيم والوكيل القضائي يسري عليهما ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص صريح.

القسم الثاني

في الوصية وأحكامها

أبحـاث الوصيـة
وفيها تسعة فصول:

الفصل الأول: في تعريف الوصية ودليل مشروعيتها وأقسامها.

الفصل الثاني: في ركن الوصية وبحث الرد والقبول.

الفصل الثالث: في شرائط الموصي والموصى له والموصى به.

الفصل الرابع: في بطلان الوصية والرجوع عنها.

الفصل الخامس: في أحكام الوصية.

الفصل السادس: في الوصية بالمنافع وغيرها.

الفصل السابع: في أحكام الزيادة في الموصى به.

الفصل الثامن: في الوصية الواجبة.

الفصل التاسع: في تزاحم الوصايا.

الفصـــل الأول

أ ـ تعريف الوصية[1]

في اللغة:

الوصية والإيصاء في اللغة بمعنى واحد، تقول أوصيت لفلان بكذا، أو أوصيت إلى فلان بكذا بمعنى عهدت إليه، وتكون «الوصية» اسم مفعول بمعنى الموصى به، ومنه قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ﴾ [النساء: ١٢] وتكون مصدراً بمعنى الإيصاء ومنه قوله تعالى: ﴿شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ﴾ [المائدة: ١٠٦].

ولكن الفقهاء فرّقوا بين اللفظين فقالوا إن معنى أوصيت إليه عهدت إليه بالإشراف على شؤون القاصرين مثلاً، ومعنى أوصيت له تبرعت له وملّكته مالاً أو غيره.

في الفقه:

وللوصية في الاصطلاح الفقهي تعريفات متعددة، أشهرها أنها «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع».

فقولنا «تمليك» يشمل الوصية بالأعيان من منقول وعقار وغيرهما، كالوصية بألف درهم أو بثلث المال أو بأرض وعقار، كما يشمل الوصية بالمنافع من سكنى دار وزراعة أرض.

وقولنا «مضاف إلى ما بعد الموت» أخرج نحو الهبة فإنها تمليك في الحال، أما الوصية فإنها لا تنفذ إلا بعد موت الموصي.

---

(١) انظر أبحاث الوصية في المبسوط: ١٤٢/٢٧، والبدائع: ٣٣٠/٧، والزيلعي: ١٨١/٦، والدر بحاشية ابن عابدين: ٤١٤/٥، والمغني والشرح الكبير: ٤١٤/٦، وبداية المجتهد: ٣٢٨/٢، وشرح المنهاج بحاشيته: ١٥٦/٣، والمحلى: ٣١٢/٩.

وقولنا «عن طريق التبرع» أخرج مثل الوصية بأن تباع داره لفلان أو تؤجر، فإن هذا تمليك بعوض.

ويلاحظ أن هذا التعريف لا يشمل أنواعاً من الوصايا:

١ - فلا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه كالحج والزكاة وردّ الودائع الموجودة عنده وأداء الدَّين الواجب عليه وأمثال ذلك.

٢ - ولا يشمل الوصية بإسقاط ديونه على الغرماء أو إبراء الكفيل مما تكفل به، لأن ذلك إسقاط وليس بتمليك، وإذا اعتبرنا إسقاط الدين تمليكاً فإن الإبراء من الكفالة إسقاط محض.

٣ - ولا يشمل الوصية بحق مالي - وهو ليس مالاً ولا منفعة - كالوصية بتأجيل الدَّين عن المدين بعد حلول أجله، والوصية بأن تباع داره لفلان أو تؤجَّر له.

٤ - ولا يشمل الوصية بتقسيم تركته على ورثته بحسب أنصبائهم.

لهذا كله كان التعريف السابق غير جامع لكل أنواع الوصايا بل يقتصر على الوصية الاختيارية بالمال بعد الوفاة، ويظهر أن الفقهاء رأوا ما عدا ذلك من الوصايا لا يدخل تحت الوصية إلا بالاصطلاح اللغوي، وهم إنما يعرفون الوصية التي حث الشارع عليها كعمل من أعمال الخير والبر يتدارك به الإنسان ما قصر فيه من هذا القبيل حال حياته.

على أن بعض الفقهاء خصُّوا ما عدا الوصية التي حث الشارع عليها باسم «الإيصاء الخاص» وعرفوها بالتعريف الذي سيذكره القانون.

في القانون:

عرّف القانون الوصية بأنها: «تصرُّف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت»[1] (المادة ٢٠٧) وبهذا كان التعريف شاملاً لجميع أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره فإن لفظ «تصرف» يشمل ذلك كله.

وقد بينا في كتابنا «المواريث» تحديد «التركة» فيه فارجع إليه هناك[2].

---

(١) هذا التعريف ليس كما قال بعض الكاتبين من أنه تعريف جديد مبتكر، فقد جاء في بعض الكتب الفقهية انظر: حاشية البرلسي على شرح منهاج الطالبين ٣/ ١٧٧.

(٢) الجزء الثالث الصفحة ٣٣.

ب ـ مشروعية الوصية

مقتضى القواعد الشرعية أن تكون الوصية غير جائزة لأنها مضافة إلى زمن قد انقطع فيه حق الموصي في ماله، إذ الموت مزيل للملك، ولكن الشارع أجازها لما فيها من مصلحة للموصي ولأقربائه وللمجتمع، أما مصلحة الموصي فهي ما يناله من الثواب على وصيته والذكر الحسن بعد مماته، وأما مصلحة أقربائه فإن الغالب في الوصايا أن تكون للأقرباء الذين لا يرثون بموجب نظام الإرث في الشريعة، فيستحقون بالوصية قدراً من المال وهم ـ غالباً ـ ممن يحتاجون إليه، وأما مصلحة المجتمع فإن الوصية باب من أبواب الإنفاق على وجوه الخير العامة كالمساجد والمدارس والمكتبات، وعلى أصحاب الحق في التكافل الاجتماعي الذي يفرضه الإسلام، وبهذا كانت «الوصية» من قوانين التكافل الاجتماعي في نظام الإسلام كما بسطنا القول فيه في كتابنا «اشتراكية الإسلام»[1].

هذا وقد ثبتت مشروعية الوصية بالكتاب والسنّة والإجماع.

أما الكتاب: ففي قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وأما السنّة: فما رواه عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»[2].

وأما الإجماع: فقد أجمع فقهاء المسلمين منذ عصر الصحابة على جواز الوصية ولم يؤثر عن واحد منهم منعها.

جـ ـ أقسام الوصية

تنقسم الوصية إلى واجبة ومندوبة ومباحة ومكروهة ومحرمة.

أ ـ **الواجبة**: وهي الإيصاء بما وجب في ذمّة الموصي من حقوق الله والعباد، كإخراج الزكاة والكفارات والنذور وأداء الديون لأصحابها ورد الودائع إلى مودعيها.

---

(١) انظر: ص ٢٠٤ الطبعة الثانية.

(٢) رواه البخاري ومسلم ومالك.

ومن الوصية الواجبة بحكم القانون، الوصية لأولاد الابن الذين مات أبوهم قبل موت الجد، فيجب عليه أن يوصي لهم بمقدار ما كان يرثه أبوهم لو كان حيّاً، وسنفرد لهذه الوصية وشروطها بحثاً خاصّاً اتباعاً للقانون.

ب ـ **المندوبة**: وهي الوصية في وجوه الخير لأهل العلم والصلاح وللأقرباء الذين لا يرثون ـ وهذا رأي الجمهور ـ وذهب الظاهرية إلى أن الوصية للأقرباء غير الوارثين واجبة، وسيأتي معنا الاستدلال لرأي الجمهور والظاهرية عند بحث الوصية الواجبة.

جـ ـ **المباحة**: وهي الوصية لصديق أو لغني لم يوصفا بالعلم أو الصلاح أو الحاجة، فإن نوي في الإيصاء إليهما البِر والصلة كانت الوصية مندوبة لما فيها من معنى الطاعة.

د ـ **المكروهة**: وهي الوصية بما كره الشرع فعله كضرب القبة على القبر وإيقاد الشموع والقناديل، ومن ذلك الإيصاء إلى من يرتكب المحرمات، ومن ذلك أن يكون ماله قليلاً وورثته فقراء، فإن الأفضل أن لا يوصي لقوله عليه السلام: «**إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس**»[1].

هـ ـ **المحرمة**: وهي الوصية بما حرم الشرع فعله كالوصية بخمر أو الإنفاق على مشروعات مؤذية للأخلاق العامة، وهذه مع حرمتها باطلة لا تنفذ كما سيأتي.

ومن ذلك أن يوصي بقصد الإضرار بالورثة ومنعهم من أخذ نصيبهم المقدَّر في الشريعة، فقد نهى الله عن ذلك بقوله: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾ [النساء: ١٢]. وجاء في الحديث: «**الإضرار في الوصية من الكبائر**»[2].

* * *

(١) رواه البخاري.

(٢) رواه الدارقطني في سننه.

الفصل الثاني

أ ـ ركن الوصية

ذهب بعض الفقهاء إلى أن ركن الوصية هو الإيجاب والقَبول كالهبة، وذلك لأن الوصية إثبات ملك جديد، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره، بخلاف الميراث فإن الملك فيه ثبت جبراً من الشارع فلا يشترط فيه القبول، وإثبات الملك للموصى له من غير قبول منه قد يؤدي به إلى ضررين معنوي ومادي، أما المعنوي فلما يلحقه من ضرر المنّة، ومن الناس من لا يتحمّلها، وأما المادي فإن الموصي قد يوصي له بما يحتاج إلى نفقة ومشقة كما إذا أوصى له بدابة مريضة أو دار متهدمة، فإلزامه بالملك في هذه الحالة إجبار له على دفع نفقات لا فائدة منها وتكون الوصية حينئذٍ مغرماً لا مغنماً.

وذهب آخرون من الفقهاء إلى أن ركنها الإيجاب فقط، وإنما القبول شرط للزومها، لأن ملك الموصى له خلافة عن الموصي فلا يحتاج فيها إلى القبول كالميراث والجامع بينهما أن كلاً منهما يتم بالموت، وملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله ـ كما سنذكره في أبحاث المواريث ـ فكذلك ملك الموصى له، على أن الموصى له يملك الردّ إذا لم تعجبه الوصية.

وقد جرى القانون على هذا الرأي، فنصت المادة (٢٠٨) على أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة؛ فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بإشارته المفهومة. وهذا ظاهر في أن انعقاد الوصية إنما يتم بعبارة الموصي فحسب أو كتابته أو إشارته.

بماذا تنعقد الوصية؟

لا خلاف بين الفقهاء في أنها تنعقد باللفظ ممن يقدر عليه؛ كما إذا قال: أوصيت لفلان بكذا، أو جعلت ربع داري صدقة لفلان وصية، أو اشهدوا أني أوصيت لفلان بألف درهم، فإن قال: أوصيت أن لفلان في مالي ألف درهم كان ذلك إقراراً لا وصية.

ولا خلاف بينهم في أنها تنعقد بالكتابة ممن هو عاجز عن النطق، وتنعقد بالإشارة المفهومة ممن لا يقدر على النطق لخرس أو مرض وهو لا يحسن الكتابة وقد اعتبر فقهاء الحنفية معتقل اللسان كالأخرس إذا امتدت عقلته أو صار ميؤوساً من قدرته على النطق.

واختلفوا في انعقادها بالكتابة ممن يقدر على النطق، وفي انعقادها بإشارة الأخرس إذا كان يحسن الكتابة، والجمهور على أنها تنعقد بالكتابة ولو كان قادراً على النطق، سواء كتبها بنفسه أو كتبت له ثم أمضاها، ولا يشترط الإشهاد بل يكفي في اعتبارها أن تعرف بأنها خطه، وذهب الأكثرون إلى أنها لا تنعقد بالإشارة إذا كان يحسن الكتابة.

وقد جرى القانون على رأي الجمهور فنصت المادة (٢٠٨) على انعقادها بالعبارة أو الكتابة فإن كان عاجزاً عنها انعقدت بإشارته المفهومة.

ب ـ صحة الوصية

يشترط لصحة الوصية أن لا تكون بما نهى عنه الشارع كأن يوصي ببناء خمارة، فهذه وصية باطلة، وقد ذكرنا ذلك من قبل، وهذا ما نصت عليه(المادة ٢٠٩).

تعليق الوصية وتقييدها:

الوصية لا تكون منجزة بل هي مضافة إلى ما بعد الموت، ويجوز تعليقها بحدوث أمر يقع في المستقبل كأن يقول: إذا شفيت من هذا المرض فقد جعلت ثلث مالي وصية، ويجوز أن تقيد بشرط صحيح، وهو ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما، ولم يكن منهياً عنه ولا مخالفاً لمقاصد الشريعة (المادة ٢١٠ الفقرتان ١ و ٢).

فمثال ما فيه مصلحة مشروعة للموصي أن يوصي لفلان بثلث ماله على أن يتعهد أولاده الصغار بالتهذيب أو على أن يسدد ما عليه من ضرائب للدولة.

ومثال ما فيه مصلحة مشروعة للموصى له، أن يوصي بأرضه لفلان على أن تكون نفقات إصلاحها في تركة الموصي.

ومثال ما فيه مصلحة مشروعة لغيرهما أن يوصي بداره لفلان على أن يسقي من مائها حديقة جاره.

ومثال الشرط المنهي عنه أن يوصي لفلان بمبلغ من المال على أن ينفق بعضه في الملذات المحرمة، ومثال الشرط المخالف لمقاصد الشريعة أن يوصي لفلان بثلث ماله على ألا يتزوج أو لا يطلب العلم.

ذلك هو الشرط الصحيح وتجب مراعاته ما دامت المصلحة المقصودة به متحققة (الفقرة ٣ من المادة المذكورة).

فإذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح وكانت الوصية مستوفية للشروط الأخرى صحت الوصية ولغا الشرط (الفقرة ٤ من المادة المذكورة) فمن أوصى لفلان بمبلغ من المال على أن لا يتزوج صحت الوصية وله أن يتزوج.

جـ ـ الرد والقبول

قلنا: إن ركن الوصية هو الإيجاب أما القبول فشرط لزوم، وقد بين القانون أحكام الرد والقبول بما نوجزه فيما يلي:

١ ـ إذا كانت الوصية لغير معين ـ كالوصية للفقراء ـ فلا تحتاج إلى قبول ولا ترتد برد أحد (المادة ٢٢٥) وإن كانت لشخص طبيعي معين ترتد الوصية بردها منه بشرط أن يكون كامل الأهلية حين وفاة الموصي (المادة ٢٢٦).

٢ ـ لا عبرة بالرد قبل موت الموصي، وكذلك لو ردها في حياته ثم قبلها بعد موته صح القبول لأن حقه في الوصية لا يثبت إلا بموت الموصي.

٣ ـ لا تشترط الفورية في الرد أو القبول، بل هو على التراخي، إلا أنه قد يترتب على تأخير الرد إضرار بالورثة أو بالتركة، فاشترط القانون أن يكون رد الوصية خلال ثلاثين يوماً من وفاة الموصي، أو من حين يعلم الموصى له بالوصية إن لم يكن عالماً بوفاة الموصي (الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧) وهذا التحديد الذي ذكره القانون من قبيل السياسة الشرعية منعاً للإضرار.

٤ ـ ولا يشترط في القبول أن يكون بلفظ «قبلت» بل يكفي فيه عدم الرد فإذا انقضت المدة المذكورة وهو ساكت مع علمه بها، أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد ولو كان غير عالم بالوصية، اعتبر قابلاً وكان المال الموصى به من حق ورثة الموصى له ويحسب تركة عنه (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

٥ ـ قد يتجزأ الرد، فإذا أوصى له بدار وأرض زراعية فقبل الدار ورد الأرض

الزراعية أو العكس، صحت الوصية فيما قبله وبطلت فيما لم يقبل (الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨) وكذلك لو أوصى لأناس متعددين فقبل بعضهم ورد الآخرون، صحت فيما قبله أولئك وبطلت في الباقي (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

٦ ـ وإذا حصل الرد أو القبول لم تجز بعد ذلك العودة عن الرد إلى القبول، أو عن القبول إلى الرد إلا إذا أجاز الورثة ذلك (المادة ٢٢٩).

* * *

الفصل الثالث

أ ـ شرائط الموصي

لا بدّ لنفاذ كل عقد من أن يكون صادراً عن أهله ومن محله، ولذلك يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع بأن تتوفر فيه الصفتان التاليتان:

١ ـ العقل:

وهو شرط لا بدّ منه في العقود وخاصة في الهبات والتبرعات، لأنها من التصرفات الخاسرة التي لا يقابلها عوض دنيوي، فلا بدّ أن تصدر عن إرادة وتمييز، وبذلك لا تعتبر وصية المجنون والمعتوه إلا أنه إذا كان يفيق في بعض الوقت فوصيته صحيحة حال إفاقته.

ولو أوصى وهو صحيح ثم جن أو ركبه الوسواس ودام حاله هذا ستة أشهر ثم مات بعد ذلك فالوصية باطلة.

أما المحجور عليه لسفه فإن وصاياه جائزة في وجوه الخير فقط، وقد قدمنا أنه في الأحكام كالصغير المميز إلا في الوصية وصحة طلاقه ونكاحه ووجوب الحج والزكاة وسائر العبادات.

٢ ـ البلوغ:

وهو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، فلا تصح الوصية من صبي غير مميز باتفاق الفقهاء لأن الوصية تبرع مالي فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز، أما الصبي المميز فتصح وصيته إذا أوصى بتجهيزه وتكفينه ودفنه مع مراعاة المصلحة، ولا تصح فيما عدا ذلك، وهذا عند أبي حنيفة والشافعي في أرجح الروايات عنه، وقال مالك وأحمد: تصح وصية الصبي المميز في وجوه الخير، واستدلّا لذلك بما روي أن عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام يافع وهو الذي قرُب بلوغه، ولأن في إجازة وصيته مصلحة له إذ يثاب عليها، ولو لم يوصِ لزال ملكه إلى الوارث من غير ثواب، فكان هذا تصرفاً نافعاً في حقه فيقبل منه كصلاة التطوع وصوم التطوع.

وأجاب على ذلك الحنفية ومن وافقهما بأن الغلام الذي أجاز عمر وصيته كان قد قارب البلوغ فأعطي حكم البالغ، بدليل أن عمر لم يستفسر عن وصيته هل هي في وجوه الخير أم لا؟ ولو كان صبياً لما أجاز ذلك إلا في وجوه الخير كما يدعي مالك ومن وافقه. وبأن ما ينال الصبي من ثواب لا يصح أن يعتبر من وجوه المصلحة له، لأن الله نهى عن السماح للصبيان والسفهاء بالتصرف في أموالهم رعاية لهم وحفظاً لأموالهم، فمصلحة الصبي في حفظ ماله أولى من مصلحته في تحقيق الثواب له.

ومما يذكره فقهاء الحنفية من أحكام وصية الصبي أنه لو أوصى وهو صبي ثم أجاز وصيته بعد بلوغه صحت وتعتبر كأنه ابتدأها بعد البلوغ.

موقف القانون:

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢١١) على أن يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً، فلا تصح وصية المجنون ولا المعتوه كما لا تصح وصية الصبي ولو كان مميزاً، وهذا أخذ بمذهب أبي حنيفة وبالأرجح من مذهب الشافعي.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن وصية المحجور عليه لسفهٍ أو غفلة جائزة إذا أذن بها القاضي. ولم يفرق القانون بين ما إذا كانت وصيته في وجوه الخير أوْ لا، فتنفذ على كل حال ما دامت مقترنة بموافقة القاضي، وهذا لا يتفق مع مذهب الحنفية الذين يجيزون وصيته إذا كانت في وجوه الخير، ولا تحتاج حينئذٍ إلى إذن القاضي، أما في غير وجوه الخير فلا تصح مطلقاً.

ب ـ شرائط الموصى له

نص الفقهاء على أنه يشترط في الموصى له إذا كان شخصاً طبيعياً أن يكون:

١ ـ موجوداً.

٢ ـ معلوماً.

٣ ـ غير وارث.

٤ ـ غير قاتل.

وسنذكر ما يتعلق بهذه الشروط في الفقه والقانون.

١ ـ أن يكون موجوداً:

أي حين الوصية وموت الموصي حقيقة أو تقديراً كالحمل، فالوصية للحمل جائزة إذا تحققت حياته حين الإيصاء وعند موت الموصي. ولما كان القانون قد سار على اعتبار أكثر الحمل سنة شمسية فإننا نقتصر على ما ذكره القانون في الوصية للحمل.

الوصية للحمل:

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٣٦) على أنه تصح الوصية للحمل المعيَّن. وفقاً لما يلي:

أ ـ إذا أقرَّ الموصي بوجود الحمل حين الإيصاء يُشترط أن يولد حيّاً لسنة فأقل من ذلك الحين.

ب ـ إذا كانت الحامل معتدّة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط أن يولد حيّاً لسنة أيضاً من حين وجوب العدة.

جـ ـ إذا لم يكن الموصي مقرّاً ولا الحامل معتدة يشترط أن يولد حيّاً لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية.

د ـ إذا كانت الوصية لحمل شخص معين يشترط مع ما تقدم أن يثبت نسب الولد من ذلك الشخص.

ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيّاً فتكون له.

وذكرت المادة (٢٣٧) في فقرتها الأولى أنه إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيَّين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك.

وذكرت في فقرتها الثانية أنه إذا انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية، وفي الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أنه إن مات أحد الأولاد بعد الولادة ففي الوصية بالأعيان تكون حصته بين ورثته، وفي الوصية بالمنافع تكون حصته في بدل المنفعة إلى حين موته بين ورثته، وبعد موته تُرد إلى ورثة الموصي.

ومما يتفرع على اشتراط حياة الموصى له أنه لو أوصى لفلان وكان ميتاً حين الوصية فالوصية باطلة، ولو أوصى لفلان وكان حيّاً ثم مات قبل موت الموصي بطلت الوصية، لأن تملُّكه لا يتم إلا عند الموصي، ولو أوصى لزيد وخالد بثلث ماله وخالد ميت كانت كل الوصية لزيد سواء علم الموصي بموته أم لا، وقال أبو يوسف: يُعطى زيد نصف الثلث إذا لم يعلم الموصي بموت خالد.

ولو أوصى بثلث ماله بين زيد وخالد وكان خالد ميتاً فلزيد نصف الثلث لأن «بين» توجب الشركة. ولو أوصى لاثنين وهما أحياء ثم مات أحدهما قبل موت الموصي فللحي النصف ويبطل نصف الميت.

٢ ـ أن يكون معلوماً:

أي أن لا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن استدراكها وإزالتها، لأن الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له فلا تفيد الوصية.

وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله لرجل من الناس لا تصح الوصية، ولو أوصى «لفلان أو فلان أيهما أحب الوصي»، جازت الوصية لأن استدراك الجهالة ممكن باختيار الوصي لأحدهما.

ولو أُوصي لفلان أو فلان أو أحد هذين الرجلين فقد اختُلف فيها بين أبي حنيفة وصاحبيه:

فقال أبو حنيفة: إن الوصية باطلة لأن الموصى له غير معلوم فهو كما لو قال: أوصيت لرجل من الناس، فإنها باطلة بالاتفاق فكذا هنا.

وقال أبو يوسف: إن الوصية صحيحة وتقسم بينهما نصفين، لأن الموصي حيث مات ولم يعين واحداً منهما بعينه فقد شاعت الوصية لهما وليس أحدهما أولى من الآخر.

وقال محمد: إن الوصية صحيحة ويترك الخيار إلى الوارث يعطي أيهما شاء لأن أحدهما وإن كان مجهولاً إلا أن هذه الجهالة يمكن إزالتها ـ بدليل أن الموصي لو عين أحدهما حال حياته لتعين ـ فحيث مات ولم يعين قام وارثه مقامه في التعيين، فيكون كما لو نص على تخيير الوارث بإعطاء أحدهما.

ولو أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصح الوصية ـ عند فقهاء الحنفية خلافاً للمالكية ـ لأنهم لا يُحصَون، ولو أوصى بثلث ماله للفقراء المسلمين صحت بالاتفاق لأنها صدقة، وقد اختلف في العدد الذي ينفذ به مثل هذه الوصية، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لو أعطى فقيراً واحداً جاز ونفذت الوصية، لأن «أل» هنا في لفظ «الفقراء» للجنس وهو يصدق بواحد كما لو حلف لا يتزوج النساء فإنه يحنث بتزوج امرأة واحدة، وقال محمد: لا بدّ من إعطاء فقيرين اثنين لأن «الفقراء» اسم جمع، واسم الجمع في الميراث يصدق على الاثنين فكذا في الوصية وسيأتي معنا ثمرة هذا الخلاف حين التعرض لموقف القانون.

ولو أوصى لأرامل بني فلان وعميانهم، فإن كانوا ممن يُحْصَوْنَ صحت الوصية وشملتهم الوصية جميعاً لا فرق بين فقيرهم وغنيهم، وتقسم بينهم على التساوي للأنثى مثل نصيب الرجل، وإن كانوا لا يحصون يعطي الوصي من شاء من فقرائهم لأنه حين تعذّر التمليك هنا انصرفت الوصية إلى معنى القربة فتكون كما لو أوصى لفقراء المسلمين.

واختلفوا في تفسير الإحصاء، فقال أبو يوسف: إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون، وقال محمد: إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون، وهذا هو الذي عليه العمل في المحاكم، واعتمده قانون أصول المحاكمات الحقوقية. وقيل يفوض الأمر إلى القاضي وهذا هو المفتى به عند فقهاء الحنفية.

الوصية لأعمال الخير:

ما ذكرناه من اشتراط الحياة وعدم الجهالة في الموصى له إنما هو في الوصية إلى أشخاص طبيعيّين معيّنين، أما الوصية لله تعالى ولأعمال البِر بدون تعيين جهة فهي صحيحة وتصرف في وجوه الخير (الفقرة ١ من المادة ٢١٣) والوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة تصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو قرينة (الفقرة ٢ من المادة المذكورة)، ويصح أن يوصي لجهة معينة من جهات البر ستوجد في المستقبل، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة (المادة ٢١٤).

٣ ـ أن لا يكون وارثاً:

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أنه لا يجوز الوصية للوارث لقوله ﷺ: **«لا وصية لوارث»** وقد روي هذا الحديث من طرق عدة، أصحها ما رواه الترمذي من حديث عمرو بن خارجة الصحابي، وقد قال الترمذي عن هذا الحديث من طريق هذه الرواية: «حسن صحيح». وكلام الشافعي رحمه الله في «الأم» يفيد أنه متواتر، فقد قال كما نقله عنه ابن حجر في شرح البخاري: «وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي ﷺ قال عام الفتح: «لا وصية لوارث» ويؤثرون عمن حفظوه عنه ممن لقوه من أهل العلم، فكان نقل كافّة عن كافّة»[1].

ولئن لم يسلم للشافعي دعوى التواتر فإن مما لا ريب فيه أن هذا الحديث قد اشتهر في أوساط الصحابة أن النبي ﷺ قاله عام الفتح أو في حجة الوداع، وقد رواه عشرة منهم، كما اشتهر بعد في أوساط فقهاء التابعين ثم مَن بعدهم حتى عصر المذاهب الاجتهادية وقد عمل به في تلك العصور فكان هذا أقوى دليل على صحته.

وذهب الشيعة الأمامية وبعض أئمة الزيدية إلى جواز الوصية للوارث عملاً بظاهر الآية ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قالوا فإذا نسخ وجوب الوصية لهم بآيات المواريث فإن الذي تدل عليه الآية بعد ذلك هو «جواز» الوصية لهم، وقد أجابوا عن الحديث الذي استدل به الجمهور إجابات متعددة، لا يسلم واحد منها عند التمحيص العلمي.

موقف القانون:

هذا وقد ذهب قانوننا إلى رأي الجمهور فنصت (الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨) على أنه لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة.

أما قانون الوصية المصري فقد أجاز الوصية للوارث في المادة السابعة والثلاثين ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة».

وقد انتقد أكثر شرّاح هذا القانون هذا الاتجاه الجديد في إجازة الوصية

---

(١) فتح الباري: ٥/٥٨٦.

للوارث مخالفاً لرأي جمهور الفقهاء وللمذاهب الأربعة ولما جرى عليه العمل في المجتمع الإسلامي منذ عصر النبوة حتى صدور القانون المذكور[1]:

ومع أن قانوننا (السوري) صدر متأخراً عن القانون (المصري) وكان متمشّياً معه في اتجاهاته العامة فقد خالفه في هذه الناحية تمشّياً مع المذاهب الاجتهادية المعمول بها في أكثر أنحاء العالم الإسلامي، وهذا الموقف في رأينا هو الصحيح، ورأي الجمهور هو الحق في هذه القضية.

وقد علمنا عند كتابتنا لهذا البحث أن بعض أعضاء لجنة مشروع القانون الموحَّد للأحوال الشخصية في إقليمي الجمهورية العربية المتحدة يؤيد اتجاه القانون المصري في إجازة الوصية للوارث، ولم يُبت الرأي في الموضوع حتى الآن، وبالاطلاع على المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري يتبين أن واضعي القانون المصري برّروا مخالفتهم لجماهير الفقهاء في هذه المسألة بأن «الناس قد احتاجوا إلى الوصية للوارث».

ونحن لا نريد في هذا الشرح الموجز أن نفيض في مناقشة الأدلة وبيان صحة رأي الجمهور في ذلك؛ ولكنا نحب أن نوضح مخالفتنا لهذا الاتجاه في مشروع القانون الموحد إلى إجازة الوصية للوارث، معلنين بأن هذا الاتجاه مخالف لروح نظام الإرث في الإسلام ومخالف لروح الإسلام الاشتراكية، وهو اتجاه مع الأنظمة الرأسمالية، وأن الذين يؤيدونه ويحتجون له بأن الإسلام إذا أباح الوصية للأجنبي فأولى أن يبيحها للوارث وهو أولى من الأجنبي في حيازة مال المورث، إن هؤلاء يغفلون النظر إلى روح الإسلام في نظام الإرث ونظام الوصية وفي مجمل مبادئ التملك التي وضعها.

فالإسلام حدد لكل وارث نصيبه بحيث تتوزع الثروة بين أكثر عدد ممن هم أمسُّ صلة بالميت من ذوي قرابته ولا يريد الإسلام حصر الثروة في وارث معين ولو كان إبناً إلا إذا كان لا يوجد غيره ـ وهذا نادر ـ وفي إباحة الوصية للوارث إخلال بهذا المبدأ إذ قد يؤدي إلى حصر الثروة كلها تقريباً في وارث واحد، وأيضاً فالوصية إنما شرعت لتحقيق مصلحة من مصالح الخير تعود على المجتمع أو على بعض أبنائه المحتاجين، وهي في الأعم الأغلب الواقع في حياة المسلمين إنما

---

(١) انظر شرح قانون الوصية «المصري» للفقيه المحقق الأستاذ محمد أبو زهرة: ٧٠ـ ٧٥.

تكون للأقرباء الفقراء الذين لا يرثون أو لمؤسسات خيرية أو اجتماعية، فإذا فتح باب الوصية للوارث أدى ذلك إلى حرمان هؤلاء الأقرباء الفقراء وتلك المؤسسات التي تقوم بالخدمات الاجتماعية وتحقيق التكافل الاجتماعي بين الناس، ونحن نعلم أن التكافل الاجتماعي مما عُني به الإسلام أتم عناية ووضع له من القوانين وأوجد له من الموارد المالية ما هو ضمين بتحقيقه على أتم وجه وأنفعه[١].

ومهما قيل في فوائد الوصية للوارث وفي الحالات التي قد تحتم الذهاب إلى ذلك فإنها حالات نادرة لا يقام من أجلها تشريع خطير الأثر في الحياة الاجتماعية كما ذكرناه. ويمكن أن نذكر حالات مضادة لتلك الحالات التي يذكرونها مما يحتم عدم الذهاب إلى الوصية للوارث، بل إن هذه الحالات أكثر وقوعاً في مجتمعنا من تلك، ويضاف إلى ذلك ما يتركه تفضيل بعض الورثة على بعض ـ عن طريق الوصية ـ من آثار تؤدي إلى العداوة والبغضاء التي تمزق شمل الأسرة وتزعزع أواصر الحب بين أبناء العائلة الواحدة، ومن المعلوم أن رسول الله ﷺ منع في الحديث الصحيح تفضيل بعض الأولاد على بعض في العطية، فإجازة الوصية للوارث ـ غالباً ما يكون واحداً من أبناء أو حفدة ـ يؤدي إلى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم.

والإجابة عن هذا بأن القائلين بجواز الوصية للوارث يحتمون التسوية بين الورثة الذين هم في درجة واحدة بالإيصاء لهم ويقولون أن هذا ما كان يجب أن يذهب إليه القانون أيضاً، أن هذا القول لا يلتقي مع غرض واضعي القانون المصري الذين أرادوا بإجازة الوصية للوارث تمكين المورث من مكافأة بعض الورثة على خدمات قدموها لمورثهم في حال حياته أو مجرد تفضيل بعضهم على بعض لعوامل زوجية، فالحاجة التي استند إليها واضعو القانون تحتم تفضيل بعض الورثة على بعض لا التسوية بينهم، على أنه إذا كانت هنالك بعض الضرورات التي تحتم تفضيل بعض الورثة على بعض في حيازة مال المورث، فبإمكانه أن يفعل ذلك في حياته عن طريق الهبة وهو صحيح معافى، فلماذا لم يفعل ذلك؟.

وبالجملة فإننا نرى أن في إجازة الوصية للوارث انحرافاً عن نهج الإسلام الصحيح، وتعديلاً ـ غير مباشر ـ لنظام الإرث، وتغييراً ـ لا مبرر له ـ لما استقر

---

(١) انظر في ذلك «اشتراكية الإسلام» للمؤلف.

عليه العمل في المجتمع الإسلامي حتى أصبح من تقاليده الصالحة، ومن العجيب أن يأتي هذا الانحراف والتغيير في الوقت الذي يبنى فيه مجتمعنا الجديد على الأسس الاشتراكية بعد قيام الجمهورية العربية المتحدة[1]، وما أبعد إجازة الوصية للوارث عن الروح الاشتراكية! إنه مظهر بغيض من مظاهر الأثرة الرأسمالية! فهل يدرك هذا أولئك الذين يؤيدون الوصية للوارث في عهدنا الجديد؟!

متى يشترط عدم الإرث؟

الذين قالوا بعدم جواز الوصية للوارث يعتبرون كونه وارثاً أو غير وارث حال موت المورث لا حال صدور الوصية عنه، فلو أوصى له وهو غير وارث ثم مات وهو وارث له لا يستحق الوصية على رأي الجمهور، كما إذا أوصى لأخيه وكان للموصي ابن ثم مات ابنه ومات الموصي بعد ذلك لا يستحق الأخ الوصية لأنه وإن كان غير وارث حال الإيصاء إلا أنه كان حين موت الموصي وارثاً. وكذلك الأمر بالعكس فلو أوصى لأخيه ولم يكن له ولد ثم ولد له ولد بعد ذلك ومات الموصي وولد حي، فالوصية للأخ جائزة لأنه وإن كان وارثاً حين الوصية إلا أنه حين موت الموصي أصبح غير وارث.

وخالف الظاهرية في ذلك فقالوا: إن المعتبر كونه وارثاً أو غير وارث حال الإيصاء لا حال موت الموصي.

هل تصح بإجازة الورثة؟

وقد اختلف القائلون بعدم جواز الوصية للوارث: هل تقع باطلة غير منعقدة فلا تنفذ ولو أجازها الورثة؟ أم تنعقد صحيحة ولكنها تتوقف على إجازة الورثة فإن أجازوها جازت وإلا فلا.

ذهب الأئمة الأربعة وغيرهم إلى الرأي الثاني فقالوا: إن الوصية للوارث تنفذ إذا أجازها الورثة، لما جاء في بعض روايات الحديث: «لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»[2] ولأن عدم نفاذها إنما هو لمصلحة الورثة الآخرين فإذا أجازوها فقد أسقطوا حقهم وزال المانع. وهذا هو ما ذهب إليه قانوننا في (الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨).

---

(١) كتب هذا في الطبعة الأولى عام ١٩٥٩.

(٢) رواه الدارقطني.

وقال فقهاء الظاهر: إن الوصية للوارث لا تصح ولو أجازها الورثة، لأن الله منع من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطل الله على لسان رسوله فإذا أجازوا ذلك كان هبة مبتدأة منهم لا وصية من الموصي.

ومعنى ذلك أن منع الوصيةً للوارث إنما هو من النظام العام الذي لا يترك الأمر في إنفاذه أو عدم إنفاذه إلى رأي ذوي العلاقة، لأن الشارع إنما يهدف بتلك الأنظمة إلى وضع أساس صالح للمجتمع وهو يرى أن تنفيذها من مصلحة المجتمع، فإذا رأى أصحاب العلاقة أن يتنازلوا عن حق مالي كفله لهم القانون كان ذلك هبة منهم بعد تملكهم المال وفق النظام العام.

ونحن نرى أن لهذا الرأي وجهاً من النظر الصحيح.

متى تعتبر الإجازة؟

واختلف القائلون بجواز إجازة الورثة: هل تعتبر الإجازة إذا صدرت منهم في حياة الموصي؟ أم لا تعتبر إلا أن يجيزها بعد موته؟.

قال جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة: إن الإجازة لا تعتبر إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا في حال حياته كان لهم أن يرجعوا عن هذه الإجازة بعد وفاته، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط في صحة الإجازة أن تقع في ملكهم، وهم في حال حياة الموصي لم يملكوا شيئاً فتكون إجازتهم حينئذٍ فيما لا يملكون.

وهذا هو الذي أخذ به القانون كما جاء في الفقرة الثانية من (المادة ٢٣٨).

وقال بعض الفقهاء: إن الإجازة في حياة الموصي صحيحة وهي لازمة لهم فلا يصح رجوعهم عنها بعد ذلك، لأن الحق لهم فإذا رضوا بتركه سقط حقهم ولا يملكون الرجوع كما لو رضي المشتري بالعيب.

وقال مالك: المسألة بين حالتين:

أ ـ أن يكون قد أوصى لوارثه وهو في حال الصحة فأجاز الورثة ذلك، لم تعتبر هذه الإجازة، ولهم الرجوع بعد وفاة الموصي، لأنه في حال الصحة كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما يشاء ولم يتعلق حق للورثة مطلقاً، فإذا أجازوا كانت إجازتهم في غير ملكهم.

ب ـ أن يكون قد أوصى في حال المرض وأجاز الورثة ذلك، اعتبرت هذه الإجازة وليس لهم الرجوع بعد موت الموصي، لأنه في حال المرض لم يكن تام التصرف في ملكه، ولذلك لا تنفذ تصرفات المريض في كل ماله بل في الثلث لبدء حق الورثة، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم فيما تعلق ملكهم به.

ولأنه لو جاز للورثة أن يرجعوا بعد موت الموصي بعد أن أجازوها في حالة المرض، لأدى ذلك إلى منع المريض من التصرف بثلث ماله وهو حق ثابت له، وقد مات وهو يظن أنه استعمل حقه، فإذا أبطلوها فقد منعوه بذلك من حق أثبته له الشارع.

ومما يتفرع على اشتراط إجازة الورثة أنه إذا أوصى لوارث فأجاز بعض الورثة الوصية دون البعض نفذ نصيب من أجاز دون من لم يجز، وإذا أجاز الورثة بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا.

٤ ـ أن لا يكون قاتلاً:

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن قتل الموصى له للموصي يمنع من استحقاقه للوصية سواء قتله بعد الإيصاء أو قبله، بأن جرحه ثم أوصى له المجروح ومات بعد ذلك عملاً بالحديث: **«لا وصية لقاتل»**[1] ولأن الورثة يتأذون من استحقاق القاتل للوصية فيؤدي ذلك إلى العداوة والبغضاء، وأيضاً فإن القتل يمنع من استحقاق الإرث بالاتفاق؛ والوصية كالإرث، وفي حرمان القاتل من استحقاق الوصية عقوبة له على جريمة اجتماعية كبرى كما في الإرث.

وذهب المالكية والشافعية في أظهر القولين عندهم إلى أن القتل لا يمنع من استحقاق الوصية، لأن الآيات والأحاديث التي جاءت في الوصية لم تفرق بين قاتل وغيره، أما الحديث الذي استدل به الحنفية فلم يصح عندهم، ولأن الوصية تمليك، والقتل لا ينافي أهلية التمليك بدليل جواز الهبة للقاتل.

وذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى تفصيل حسن، وهو أن الوصية إن كانت قبل الجرح فهي باطلة للعقوبة والزجر، وإن كانت بعد الجرح فهي صحيحة، لأن الوصية صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها، ولا معنى للعقوبة

---

(١) رواه الدارقطني والبيهقي.

حينئذٍ لأن القتل لم يقع بنية الاستعجال كما في قتل الوارث لمورثه، إذ الوصية لم تكن قبل وقوع جريمة القتل، والموصي راضٍ بالإيصاء إليه.

والذي اختاره القانون هو مذهب الحنفية في منع القاتل من استحقاق الوصية.

أما نوع القتل الذي يمنع من استحقاق الوصية فقد أخذ القانون في ذلك بمذهب مالك في القتل الذي يمنع من الإرث[1] وهو القتل قصداً سواء كان القاتل فاعلاً أصليّاً أو شريكاً إذا كان القتل بلا حقٍّ ولا عذر. وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمسة عشر سنة، ومن التسبب في قتل الموصي قصداً الشهادة عليه زوراً إذا أدت إلى الحكم عليه بالإعدام وتنفيذ ذلك. وأن هذا النوع من القتل يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية والواجبة (المادة ٢٢٣).

وعلى هذا فالقاتلون الذين يستحقون الوصية هم:

١ ـ المجنون والمعتوه ومن كان بمعناهما.
٢ ـ الصبي إذا كان دون الخامسة عشرة.
٣ ـ القاتل بحق أو بعذر كالجلاد الذي ينفذ حكم الإعدام والقاضي الذي حكم بالإعدام. والقاتل دفاعاً عن النفس وعن الشرف.

موقف القانون:

نص القانون على الشرطين الأولين: من شرائط الموصى له، وهما أن يكون معلوماً وموجوداً عند الوصية وحين موت الموصي إن كان معيناً (المادة ٢١٢) أما إن كان غير معين كجهات البر فلا يشترط وجوده عند الإيصاء أو موت الموصي (المادتان ٢١٣ـ ٢١٤).

ولم يذكر الشرطين الثالث والرابع في شرائط الموصى له، ولكنه ذكر في فصل بطلان الوصية أن القتل يمنع من استحقاق الوصية (المادة ٢٢٣) ثم ذكر في باب أحكام الوصية. أن الوصية لا تنفذ للوارث إلا إذا أجازها الورثة (المادة ٣٣٨) وهذا يفيد اشتراط أن لا يكون الموصى له وارثاً.

---

(١) انظر بيان ذلك في القتل المانع من الإرث في الجزء الثاني من كتابنا «الأحوال الشخصية».

وكان الأولى أن تذكر الشروط في نسق واحد ومكان واحد.

اتحاد الدين:

ليس اتحاد الدين بين الموصي والموصى له شرطاً في صحة الوصية، فتجوز وصية المسلم لغير المسلم قولاً واحداً، وتجوز وصية غير المسلم لأهل ملته كما تجوز وصيته لغير أهل ملته، وعمدة ذلك قوله ﷺ عن أهل الكتاب المواطنين: **«لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»**.

حكم وصايا غير المسلمين:

إذا أوصى غير مسلم بوصية، فلا تخلو عن ثلاث حالات:

١ ـ أن يكون ما أوصى به قُربة عندنا وعنه «أي في شريعته» كالصدقة على فقراء المسلمين، أو فقراء المسيحيين، أو ببناء مدرسة أو مستشفى، أو بعمارة المسجد الأقصى، فإن هذه قربات في الإسلام والمسيحية، وحكم هذه الوصية أنها جائزة بالاتفاق.

٢ ـ أن يكون قربة عندنا لا عنده، كما إذا أوصى مسيحي ببناء مسجد للمسلمين، فهذه وصية باطلة باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه، لأن الأصل في الوصية أن تكون تقرباً إلى الله تعالى، فإذا أوصى بما لا يعتقده حقّاً كانت الوصية باطلة.

٣ ـ أن يكون قربة عنده لا عندنا، كما إذا أوصى مسيحي ببناء كنيسة أو هندوسي ببناء بيت للنار، فقد اختلف فيه أبو حنيفة وصاحباه:

فقال أبو يوسف ومحمد: هي وصية باطلة لأنها ليست مما يتقرب به إلى الله في نظر الشريعة.

وقال أبو حنيفة: هي وصية صحيحة، لأن المعتبر في الوصية أن يوصي الرجل بما هو قربة في عقيدته، ولذلك قلنا ببطلان وصية المسيحي لبناء مسجد لأنها ليست قربة عنده، وحيث كانت قربة المسيحي إلى ربه أن يبني كنيسة، كانت وصيته بذلك جائزة صحيحة.

ولا شك بأن رأي أبي حنيفة أدق نظراً وألصق بروح الشريعة وقواعدها العامة.

موقف القانون:

نص القانون على صحة الوصية للأشخاص مع اختلاف الدين والملّة بينهم وبين الموصي، وإذا كان الموصى له أجنبياً تشترط المعاملة بالمثل (المادة ٢١٥).

جـ - شرائط الموصى به

يشترط الفقهاء لصحة الوصية في الموصى به أن يكون:

١ - مالاً.

٢ - مُتقوَّماً.

٣ - قابلاً للتمليك.

٤ - غير مستغرق بالدين.

٥ - غير زائد على الثلث.

وإليك تفصيل القول في هذه الشروط:

١ - أن يكون مالاً:

لأن الوصية تمليك ولا يملَّك غير المال، سواء كان مالاً حقيقة كالدراهم والدنانير والأشياء العينية، أو مالاً حكماً كالمنافع مثل سكنى الدار، وزراعة الأرض، وركوب الدابة وغيرها.

وعلى هذا الشرط لا تصح الوصية بمثل الميتة والدم وجلد الميتة قبل الدباغ، لأنها ليست مالاً أصلاً.

٢ - أن يكون مالاً مُتَقَوَّماً:

أي في عرف الشارع، فمثل الوصية بالخمر والخنزير والكلب لا تجوز، لأنها وصية بما لا يعتبره الشارع مالاً في حق المسلم.

نعم لو أوصى غير المسلم لأبناء ملّته بخمر أو خنزير جاز، لأنها أموال متقومة عندهم، ولذلك يُجبر المسلم على ثمن ما أتلفه للمسيحي من خمر أو خنزير، ولا يجبر إذا أتلفهما لمسلم.

٣ - قابلاً للتمليك:

أي يجب أن يكون الموصى به مما يصح تملكه بعقد من العقود في نظر

الشريعة، لأن الوصية تمليك فما لا يقبل التمليك لا تنعقد الوصية به، ومن ذلك:

١ ـ لو أوصى بعين من ماله نقداً أو سلعة أو غير ذلك جاز، لأنه يملك بالبيع أو الهبة.

٢ ـ لو أوصى بمنفعة ماله لإنسان كسُكنى الدار وركوب الدابة جاز، لأنها تملك بالإجارة.

٣ ـ لو أوصى بما تثمر نخيله أبداً جاز، لأن شراء الحبوب والمنتجات الزراعية قبل وجودها جائز وهو عقد السَلَم في الفقه الإسلامي.

٤ ـ لو أوصى بما في بطن بقرته أو غنمه جاز، لأنه مما يملك بالإرث.

٥ ـ لو أوصى بما ستلد أغنامه لا يجوز، لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود في الشريعة، ولهذا كان شراء الحمل قبل أن يوجد باطلاً.

٦ ـ لو أوصى بدَينه الذي على فلان جاز، لأن هذه في الحقيقة وصية بالعين أي بالدراهم التي في ذمة المدين.

٤ ـ أن لا يكون مستغرقاً بالدين:

وذلك أن الديون مقدمة في التعلق بمال الميت على كل حق بعد تجهيز الميت وتكفينه.

ولأن أداء الدين واجب، والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب مقدم على المندوب والمباح.

وقد يقال: إن القرآن قدم الوصية على الدين في آيات المواريث حيث قال: ﴿بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۗ﴾ وذلك مما يشعر بتقديم الوصية على الدين.

والجواب: أن الإجماع منعقد على تقديم الدين على الوصية، وتقديمها في القرآن على الدين لا يدل على تقدمها في الرتبة عليه، وإنما ذلك للتنبيه إلى أهمية الوصية ووجوب إخراجها خوفاً من أن يهمل الورثة تنفيذها لأنها تبرع من الميت تعلق بمالهم، فأراد القرآن أن ينبه الورثة إلى وجوب إخراجها.

ويدل لذلك ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية[١]. وروي أنه قيل

(١) رواه أحمد والترمذي.

لابن عباس رضي الله عنهما: إنك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله بالحج، فقال: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فقال ابن عباس: كيف تقرؤون آية الدين؟ قالوا: ﴿بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] قال: وبماذا تبدؤون؟ قالوا: بالدين، قال رضي الله عنه: هو ذاك.

صحة الوصية بدين مستغرق:

وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين في حالتين:

١ ـ إذا أبرأه الغرماء وأسقطوا ديونهم جازت الوصية حينئذٍ.

٢ ـ إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضاً.

٥ ـ أن لا تزيد الوصية على الثلث:

أجمع العلماء على وجوب الاقتصار في الوصية على الثلث فإذا أوصى بأكثر من ذلك ولم يجز الورثة هذه الزيادة بطلت، لما مرَّ من حديث سعد بن أبي وقاص حيث قال الرسول في مرض الموت: «**الثلث والثلث كثير**»[1] ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم**»[2] مما يدل على أنه لا شيء له فيما زاد على الثلث وإنما هو حق الورثة، فإذا رفضوا لم يكن لأحد أن ينفذ عليهم ذلك.

هل للورثة إجازة الزائد على الثلث؟

أما إذا أجاز الورثة إنفاذ الوصية بما زاد على الثلث رعاية لحقهم، فالجمهور على أن لهم ذلك، لأن الشرع إنما منع الزيادة على الثلث رعاية لحقهم، فإذا تنازلوا عن حقهم جاز.

وقال داود وبعض أهل العلم: ليس لهم الإجازة بأكثر من الثلث، لأن الثلث هو القدر الذي أجازه الشارع واعتبر الزيادة عليه باطلة، وليس لأحد أن يجيز ما أبطله الشارع، نعم إن لهم أن يهبوا من أموالهم للموصى له ما يشاؤون، لكن ذلك هبة مبتدأة لا إنفاذ للوصية.

متى تعتبر الإجازة؟

وهل تعتبر الإجازة بعد موت الموصي أم تصح قبله؟ تقدم الخلاف بين

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني.

العلماء في ذلك عند البحث عن الوصية للوارث، فالخلاف هنا هو نفس الخلاف في ذلك الموضع.

من الذي يجيز؟

ويشترط فيمن يجيز من الورثة أن يكون من أهل التبرع، وهو العاقل البالغ، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفهٍ فلا تصح الإجازة منهم، لأنها تبرع بالمال وهم ليسوا أهلاً لذلك.

هل تجوز الزيادة عند عدم وجود الوارث؟

إذا أوصى بكل ماله ولا وارث له، قال أبو حنيفة وأحمد: إن وصيته جائزة بكل ماله، لأن منع الزيادة على الثلث إنما كان لحق الورثة، وههنا لا وارث له يتعلق حقه بماله.

وقال الشافعي ومالك والظاهرية: لا تجوز بأكثر من الثلث، لأن بيت المال يستحق التركة في هذه الحالة، ويزيد الظاهرية على ذلك ما ذكرناه عنهم في منع الزيادة على الثلث ومنع الوصية للوارث ولو أجاز الورثة الوصية في الحالتين، على أن الشرع قد حدد الوصية فما زاد على ذلك فهو تجاوز لحدود الشرع.

ونرى أن هذا القول له وجه من النظر الصحيح أيضاً، ولكن القانون أخذ بالرأي الأول فنصت الفقرة الرابعة من المادة (٢٣٨) على أنه تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد.

مع القانون:

ذكر القانون في المادة (٢١٦) من شرائط الموصى به أن يكون:

١ ـ قابلاً للتمليك، وهذا يتفق مع الشرط الفقهي ولكن القانون قيده بقوله: «بعد موت الموصي» وهذه عبارة مبهمة تحتمل معنى لا نظن أن واضعي القانون قصدوه، وهو الاحتراز بهذا القيد عن الإيصاء بما كان يقبل التمليك عند الإيصاء ثم أصبح غير قابل للتمليك بعد موت الموصي، كأن يوصي بعصير للعنب ثم يموت وقد أصبح العصير خمراً، فإن الوصية تبطل، لأن الخمر لا يجوز تملُّكه في الإسلام، ولكننا لا نعتقد أن هذا القيد لإخراج مثل هذه الحالة، ونظن أن القصد منه هو أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث، وعندئذٍ كان من الأولى أن

تكون العبارة كما جاءت في المادة العاشرة من القانون المصري: أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي.

أما ما يجري فيه الإرث فهو شامل لكل أنواع الأموال والحقوق المالية[1] ولا يشمل الإجارة، لأن منفعة الإجارة لا تورث عند فقهاء الحنفية، بل ينفسخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين، وأمّا ما يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي فهو كالإجارة، فإن الوصية بها تصح وإن كانت لا تورث.

٢ ـ أن يكون متقوماً، وهذا متفق مع الشرط الفقهي إلا أن القانون قيده بأن يكون متقوماً «في شريعة الموصي» وهذا لإخراج مثل إيصاء المسلم بخمر أو لحم خنزير فإنها لا تصح كما قدمنا، لكن هذا القيد يفيد صحة وصية المسيحي للمسلم بخمر أو خنزير، فإنهما متقومان في شريعة الموصي ومع ذلك فهي وصية باطلة باتفاق الفقهاء، فقصر قيد التقوم على شريعة الموصي خطأ، وصوابه أن يكون متقوماً في شريعة الموصي والموصى له.

٣ ـ أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات. وذلك كأن يقول: أوصيت بهذه الدار إلى فلان وهي في ملكه، فإن لم يكن مالكاً لها، فقد قيل إنها باطلة، وقيل إنها تتوقف على رأي مالكها فإن أجاز هذه الوصية كانت نافذة وإلا فلا.

وإن كان الموصى به غير معين وكان جزءاً شائعاً في المال كله، فيشترط وجوده عند الوفاة، فإذا لم يوجد عندها بطلت الوصية وذلك كالإيصاء بربع ماله، فإن الوصية تصح إذا كان له مال عند الوفاة، وإلا فلا ولو كان له مال عند الإيصاء ويستثنى من ذلك الوصية بالمنافع، وسيأتي الكلام عنها.

أما اشتراط أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين وأن لا يزيد على الثلث، فقد نص على ذلك في (المادة ٢٣٨) وقد كان ينبغي ذكر ذلك هنا في هذا الموضع.

بقي اشتراط أن يكون الموصى به مالاً، ولم يذكر القانون هذا الشرط لأن

---

(١) انظر تحديد التركة التي يجري فيها الإرث في الجزء الثالث من كتابنا «الأحوال الشخصية».

الوصية كما عرفها القانون لا تقتصر على الوصية بالمال وما يتعلق به، ولذلك نص القانون على جواز الوصية في الأمور التالية:

١ ـ تصح الوصية بالحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر (المادة ٢١٧).

٢ ـ تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معلوماً من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة (المادة ٢١٨).

٣ ـ إذا خصص الشخص في حياته كلاً من ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تعادل حصته الإرثية وأوصى بتنفيذ هذا التخصيص بعد وفاته، جاز ذلك وكان لازماً بوفاته (الفقرة الأولى من المادة ٢١٩).

٤ ـ فإذا زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الإرثية جرى على الزيادة حكم الوصية للوارث (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

* * *

الفصل الرابع

أ ـ بطلان الوصية

تبطل الوصية في الحالات الآتية:

١ ـ إذا جن الموصي جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت، والجنون المطبق ما دام شهراً فأكثر، وإنما تبطل الوصية في هذه الحالة لأنها عقد غير لازم فيجوز للموصي الرجوع عنها في أي وقت يشاء، فإذا جن جنوناً مُطبِقاً متصلاً بالموت فقد طرأ عليها احتمال رجوعه عنها فتبطل.

٢ ـ إذا مات الموصى له قبل موت الموصي، لأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي وقبول الموصى له، فقبل موت الموصي لم يثبت للموصى له ملك ينتقل إلى ورثته.

والجمهور على أن الوصية تبطل بموت الموصى له، سواء علم الموصي بموته أم لم يعلم.

٣ ـ إذا كان الموصى به معيناً فهلك قبل وفاة الموصي، كأن يوصي له بفرس معينة فماتت، وكذلك إذا ثبت استحقاق الموصى به لغير الموصي.

٤ ـ إذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي، وفقاً لما ذكرناه في بحث الرد والقبول.

٥ ـ قتل الموصى له للموصي وفقاً لما ذكرناه من قبل.

٦ ـ رجوع الموصي عن وصيته وفقاً لما نذكره في البحث التالي.

هذه هي أهم مبطلات الوصية التي ذكرها القانون وخاصة في المادة (٣٢٠).

وهناك أسباب أخرى للبطلان لم يتعرض لها القانون لقلة وقوعها وقد ذكرها الفقهاء كالردة واللحوق بدار الحرب (الأعداء).

ب ـ الرجوع عن الوصية

يكون الرجوع عن الوصية بأحد طريقين:

أ ـ عن طريق النص الصريح كأن يقول: «رجعت عن الوصية التي أوصيت بها لفلان» ومثل ذلك قوله: «عدلت» و «أبطلت» و «تركت» و «فسخت» و «ألغيت» ويلحق بذلك قوله:

«الوصية التي أوصيت بها لزيد فهي لخالد، أو فقد جعلتها لخالد».

وليس من ألفاظ الرجوع: «ندمت على الوصية التي أوصيت بها لفلان» أو «تعجلت» أو «أخرت الوصية التي أوصيت بها لفلان» لأن التأخير لا يستلزم السقوط كما في تأخير الدين عن المدين لا يستلزم سقوطه عنه، وكذلك قوله: «كل وصية أوصيت بها فهي حرام» لا يدل على الرجوع، وكذلك لو قال: «أوصيت بهذه الدار لزيد» ثم قال بعد ذلك: «أوصيت بهذه الدار لخالد» لم يكن رجوعاً عن الإيصاء بها لزيد، بل تكون الدار مشتركة بينهما.

والقاعدة أنه لا بدّ في اللفظ الذي يقصد به الرجوع من أن يكون واضحاً في الدلالة على الرجوع، أما ما يحتمل الرجوع وغيره فلا يعتبر رجوعاً إلا بدليل يفيد ذلك.

ب ـ عن طريق الدلالة، وذلك بأن يفعل في الموصى به ما يفيد رجوعه عن الوصية، ولذلك طرق متعددة:

١ ـ أن يبيع الموصى به أو يهبه أو يجعله وقفاً وما أشبه ذلك من كل فعل يخرِج الموصى به عن ملك الموصي.

٢ ـ أن يستهلك الموصى به بأكل أو ذبح أو إحراق أو غير ذلك.

وهذان لا خلاف في المذاهب الاجتهادية في أنهما يدلان على الرجوع.

٣ ـ أن يغير الموصى به بحيث يصبح له اسم آخر، كأن يطحن القمح الموصى به، أو ينسج القطن الموصى به، أو يجعل الحديد الموصى به سيفاً.

٤ ـ أن يخلط الموصى به بما لا يمكن تمييزه كخلط الدقيق بالسكر، أو خلط القمح الموصى به بقمح آخر، أو خلطه بما يعسر تمييزه فلا يميز إلا بمشقة شديدة كخلط القمح بالشعير.

٥ ـ أن يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها كما إذا زرع الأرض شجراً أو بنى في الأرض داراً أو لتّ الطحين بالسمن.

وهذه الطرق الثلاثة تدل على الرجوع في المذهب الحنفي، خلافاً للمذهب المالكي حيث يرى أن كل تغيير في الموصى به إذا لم يذهب بحيث يعتبر إفناءً له لا يدل على الرجوع، وفي الطرق الثلاثة السابقة لم تفن عين الموصى به وإنما أصبح له اسم آخر أو أضيف إليه شيء آخر. وسنرى أن القانون قد أخذ برأي المالكية وخاصة في الطريق الخامس.

واتفقوا على أنه لا يعتبر من الرجوع:

١ ـ التصرف في الموصى به بحيث لا يخرجه عن ملك الموصي كما إذا آجره أو أعاره.

٢ ـ التصرف الذي لا يخرجه عن ملكه وإنما أراد به التحسين أو الترميم، كما إذا حصص الدار، أو أعاد بناء سقفها، أو غسل الثوب الموصى به.

موقف القانون:

نص القانون على أن من مبطلات الوصية الرجوع عنها صراحة أو دلالة (الفقرة د من المادة ٢٢٠) وهذا متفق مع المذاهب الاجتهادية كلها كما رأيت، إذ لا خلاف بين الفقهاء في أن كل فعل قام الدليل على إرادة الرجوع به عن الوصية يبطل الوصية كما يبطلها الرجوع الصريح، وإنما الخلاف في بعض الأفعال هل تعتبر رجوعاً أم لا؟ فبعض المذاهب تعتبر بعض الأفعال كالتي ذكرناها تحت رقم ٣، ٤ رجوعاً من غير حاجة إلى قيام قرينة دالة على إرادة الرجوع، وبعضها يرى أنه لا بدّ من وجود ما يدل على إرادة الرجوع في مثل تلك التصرفات.

ثم نصت (المادة ٢٢١) على أنه يعتبر رجوعاً عن الوصية كلّ فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح بأنه لم يقصد الرجوع. وهذا تفسير للفقرة السابقة متفق مع المذاهب الاجتهادية كلها.

ثم نصت (المادة ٢٢٢) على أنه لا يعتبر إنكار الإيصاء رجوعاً، ولا الفعل الذي يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها.

أما الإنكار فسنتحدث عنه بعد هذا البحث، وأما الفعل الذي يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، فقد علمت أن المذهب الحنفي يعتبر

ذلك رجوعاً، ولكن القانون أخذ بالمذهب المالكي في عدم اعتباره رجوعاً، إلا إذا قامت قرينة خارجية على أنه أراد بذلك الرجوع، لاحتمال أنه أراد بالزيادة برّ الموصى له وزيادة إكرامه، فمن أوصى لإنسان بدار ثم زاد في الدار غرفة أو حمّاماً أو مطبخاً، لم يكن في عمله هذا ما يقطع بأنه أراد الرجوع عن وصيته، بل ربما كان الأقرب أنه أراد بذلك جعل وصيته تامة المنفعة يستفيد منها الموصى له على أحسن وجه، ولذلك كان ما ذهب إليه القانون في هذه المسألة هو المعقول، وسنرى تفصيل أحكام الزيادة كما وردت في القانون.

بقي ما إذا تغير الموصى به بطبيعته من غير فعل من الموصي، كما إذا أوصى بعنب فصار زبيباً، أو بيضة فصارت فرخاً، أن فقهاء الحنفية يعتبرون هذا رجوعاً عن الوصية من طريق الضرورة فتكون الوصية حينئذٍ باطلة، والقانون على خلاف ذلك.

حكم الوصية عند البطلان:

إذا بطلت الوصية بسبب من الأسباب التي ذكرناها، أو بطل قسم منها، عاد ما بطلت فيه إلى تركة الموصي كبقية أمواله (المادة ٢٢٤).

جـ ـ جحود الوصية

إذا أوصى بوصية ثم عُرضت عليه بعد ذلك فقال: لم أوصِ بها، فهل يكون ذلك رجوعاً عن الوصية فتبطل؟ أم ليس رجوعاً فتظل صحيحة رغم جحوده لها؟

قال أبو يوسف: الجحود رجوع عن الوصية، لأن الرجوع نفي للوصية في الحال، والجحود نفي لها في الحال والماضي، فهو أقوى من الرجوع في البطلان.

وقال محمد: لا يعتبر الجحود رجوعاً، لأن الرجوع عن الوصية إثبات لها في الماضي، ونفي في الحال، أما الجحود فهو نفي في الماضي والحال، فلا يكون رجوعاً حقيقة، بدليل أنه لو جحد النكاح لا يكون ذلك طلاقاً منه، ولأن إنكار الوصية بعد ثبوتها يكون كذباً محضاً، فيكون باطلاً لا يتعلق به حكم كالإقرار الكاذب، ولاحتمال أن يكون إنكاره للوصية ناشئاً عن نسيانه لها فلا يدل ذلك على إرادة الرجوع.

وقد أخذ القانون بهذا الرأي كما ذكرنا ذلك من قبل.

الفصل الخامس

أحكام الوصية

يطلق الحكم ويراد به ثلاثة معانٍ:

١ ـ فقد يطلق ويراد به الحكم التكليفي من حيث الوجوب والندب والإباحة والتحريم والكراهة. فيقال: حكم الصلاة الوجوب، وحكم الخمر التحريم، وهكذا.

٢ ـ ويطلق ويراد به الوصف الشرعي للفعل من حيث الصحة واللزوم وعدم اللزوم مثلاً، فيقال: حكم العقد المستوفي لشرائطه وأركانه أنه عقد صحيح لازم.

٣ ـ ويطلق ويراد به الأثر المترتب على التصرف الشرعي، وذلك كالوصية إذا استوفت شرائطها وأركانها ترتبت عليها آثار تتعلق بالموصى له، وآثار تتعلق بالموصى به، وهكذا. والحكم بهذا المعنى هو المراد هنا في هذا البحث، ولذلك أفرد القانون فصلين لأحكام الوصية، أحدهما لأحكام الموصى له، والثاني لأحكام الموصى به.

ونحب أن نذكر هنا أيضاً أن القانون قد شتت أبحاث الوصية خلافاً لما يقتضيه النهج الطبيعي، فتحدث عن الموصى له مثلاً في بحث الشرائط، ثم تحدث عنه في باب الأحكام، وكان النسق الطبيعي أن يكون الحديث عنه في محل واحد جمعاً للأحكام المتعلقة من شرائط وغيرها في باب واحد. ونحن قد سرنا في هذا الكتاب على أن نمشي مع القانون في ترتيبه ـ غالباً ـ تيسيراً للطلاب والراغبين في فهم نصوص القانون.

أ ـ الموصى له

الأصل في الوصية أن تستحق عقب وفاة الموصي، إلا إذا كان الموصي قد نص على بدء استحقاق الوصية في وقت معين بعد وفاته كسنة مثلاً، فإذا لم ينص

على ذلك وقبل الموصى له الوصية عقب الوفاة فقد ثبت ملكه للموصى به من حين الوفاة (الفقرة ١ من المادة ٢٣٠).

وتكون زوائد الموصى به منذ وفاة الموصي ملكاً للموصى له ولو تأخر قبوله عن الوفاة، لإنهاء نماء ملكه ولا تعتبر من الوصية بحيث لا تخرج من الثلث، وعليه نفقة الموصى به منذ ذلك الحين لا على الورثة (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

ويلاحظ أن هذا من أحكام الموصى به أو أنه من أبحاث الرد والقبول فلا معنى لإيراده هنا، والصواب إيراده في بحث الرد والقبول كما فعل القانون المصري.

ثم إن الموصى له لا يخلو من أن يكون متحقق الوجود عند الوصية أو مرجح الوجود عندها كالحمل، أو أن يكون معدوماً، والموجود إما أن يكون معيناً أو غير معين. وقد ذكرنا فيما مضى في بحث الشرائط اشتراط أن يكون الموصى له موجوداً إذا كان معيناً، وذكرنا أحكام الوصية للحمل، والوصية لغير معين كالفقراء، ونساير الآن القانون في سرد بقية الأحكام.

الوصية للمعدوم:

قلنا في شرائط الموصى له أن الفقهاء يشترطون فيه أن يكون موجوداً حين الوصية وحين وفاة الموصي، وهذا إذا كان معيناً بالاسم كقوله: أوصيت لمحمد، أو بالإشارة كقوله: أوصيت لهذا، فإن كان معيناً بالوصف كأوصيت لأولاد خالد، فالوصية صحيحة ولو لم يكن واحد منهم موجوداً عند إنشائها، فإذا مات الموصي ولم يوجد أحد ممن أوصى له فقد ذهب الجمهور إلى بطلان الوصية حينئذٍ، وذهب المالكية إلى صحتها لأن الوصية للمعدوم عندهم تجوز، وهذا هو الذي أخذ به القانون، تعميماً للانتفاع بالوصية وتحقيقاً لرغبات الموصين في إيصال الخير وبر الناس. ونذكر موجز أحكام الموصى له إذا كان معدوماً كما جاءت في القانون.

تصح الوصية للمعدوم كقوله: أوصيت لمن سيولد لخالد، ولما يشمل الموجود والمعدوم كقوله: أوصيت لأولاد خالد، وكان لخالد أولاد حين الإيصاء ثم ولد له أولاد بعد ذلك، فهذه وصية شملت الموجود والمعدوم.

ثم إن الوصية لهؤلاء إما أن تكون بالأعيان أو بالمنافع، ولكلٍّ أحكام في تنفيذ الوصية.

الوصية بالأعيان للمعدوم ممن يحصون:

إن كان الموصى لهم ـ من هذا القبيل ـ وهم ممن يُحْصَوْنَ ـ مائة فأقل ـ وكانت الوصية بالأعيان كدار أو أرض فإن لم يوجد أحد منهم عند وفاة الموصي كانت علة الموصى به لورثة الموصي، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم ـ كأن يموت خالد دون أن يترك أولاداً ـ تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصي (الفقرة ١ من المادة ٢٣١).

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له، فإذا وجد منهم بعد ذلك أحد شارك من كان موجوداً في الغلة، وهكذا حتى يكون اليأس من وجود غيرهم ـ بموت خالد أو عجزه أو مرضه مرضاً يحكم الأطباء باستحالة إنجابه للأولاد بعد ذلك ـ فتكون العين والغلة لمن وجد منهم، ويكون نصيب من مات تركة عنه يأخذها ورثته (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

الوصية بالنافع لهؤلاء:

وإن أوصى لهم ـ في الصورة السابقة بالمنافع وحدها استحق هذه المنافع من يوجد عند وفاة الموصي أو بعده، وعند اليأس من وجود غيرهم من أخوتهم ترد العين لورثة الموصي (الفقرة ٣ من المادة المذكورة).

وعندما تكون الوصية بالمنفعة «لأولاد» فلان «أو ذريته» لا تصح إلا لطبقة واحدة، كيلا تنقلب الوصية إلى وقف ذَرِّيٍّ (أهلي) (الفقرة ١ من المادة ٢٣٢) وفي هذا خلاف للقانون المصري إذ جعلها تصح لطبقتين.

فإذا انقرضت الطبقة الأولى من أولاد فلان عادت العين تركة للموصي، إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

الوصية لمن لا يُحْصَوْنَ:

إذا قال أوصيت بثلث مالي لأهل بلدة كذا، أو طلبة جامعة كذا ـ مائة فأكثر ـ صحت الوصية وانصرفت إلى المحتاجين منهم، وللوصي أو القاضي أو

من يعينه القاضي لتنفيذ الوصية أن يوزعها بينهم بحسب اجتهاده من غير أن يتقيد بالمساواة بينهم أو تعميمها بينهم جميعاً (المادة ٢٣٣).

الوصية لقوم محصورين:

إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعيَّنوا بأسمائهم، كأن يقول: أوصيت لعلماء هذهَ المحلة. قُسمت الوصية بينهم بالتساوي على عدد الرؤوس فإذا كان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي، بأن مات بعضهم قبل وفاته استحق الباقون جميع الوصية وفقاً لما قدمناه من قبل (المادة ٢٣٤).

الوصية المشتركة:

قد يوصي الإنسان لأكثر من فئة واحدة أو شخص واحد، وذلك بأن يوصي بثلث ماله لخالد ولأولاده الأربعة وللفقراء وللجامعة، فكيف يقسم الثلث؟.

الذي جرى عليه القانون أن تقسم الوصية أسهماً، ويعتبر لكل شخص معين سهم، ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورين سهم. ولكل جماعة غير محصورة سهم، ولكل جهة سهم (المادة ٢٣٥) ففي مسألتنا هذه يقسم الثلث سبعة أسهم: لخالد سهم، ولكل ولد من أولاده الأربعة سهم، وللفقراء سهم، وللجامعة سهم.

ويلاحظ أن الفقراء هنا اعتبروا كشخص واحد. وقدمنا لك (ص ٦٩) الخلاف حول لفظ (الفقراء) هل يصدق بواحد كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف أم لا يصدق إلا باثنين كما قال محمد؟ وهنا تظهر ثمرة الخلاف، فالقانون قد أخذ برأي الإمامَين فاعتبر للفقراء سهماً واحداً، وكان مقتضى قول محمد أن يُعتبر لهم سهمان.

ونريد أن نذكر أنه لا بدّ من ملاحظة ما ذكرته المادة (٢٣١) من قسمة الوصية لما يشمل المعدوم والموجود، ففي المسألة السابقة فرضنا أن أولاد خالد أربعة باعتبار قد أصبح ميؤوساً من ولادته غيرهم، فاعتبرنا لهم أربعة، أما لو فرضنا أن أولاد خالد حين مات الموصي كانوا أربعة وكان خالد لا يزال يتوالد له أولاد، فإننا لا نقسم الموصى به قسمة نهائية، بل نقسم غلته بين الموصى لهم سبعة أسهم كما ذكرنا، فإذا ولد له بعد ذلك خامس قسمت الغلة إلى ثمانية أسهم، وهكذا حتى يصير الإياس من وجود أولاد آخرين فتقسم العين الموصى بها: للفقراء سهم، وللجامعة سهم، ولخالد سهم، ولكل ولد من أولاده سهم.

ب ـ الموصى به

ذكر القانون من أحكام الموصى به أن الوصية لغير الوارث تنفذ بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة، وأنها لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية، وأنها لا تنفذ فيما يستغرقه دين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين، وأن وصية من لا دين عليه ولا وارث له تنفذ بكل ماله من غير توقف على إجازة أحد (المادة ٢٣٨) وقد شرحنا ذلك كله في بحث شرائط الموصى به.

ونصت المادة (٢٣٩) على أنه إذا كان الدين غير مستغرق للتركة واستوفي الدين كله أو بعضه من الوصية كان للموصى له أن يرجع بقدر المستوفى في حدود ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين.

الوصية ببيع أو إيجار:

إذا كانت الوصية ببيع بعض أموال الموصي لشخص معين؛ أو بإجارة بعض عقاراته، يُنظر، فإن كان الثمن أو بدل الإيجار الذي قدره الموصي يعادل الثمن أو بدل الإيجار الحقيقي، أو كان أقل منه بمقدار يخرج من الثلث أو يزيد على الثلث بقدر ما يتغابن فيه الناس، نفذت الوصية من غير نظر إلى إجازة الورثة، ويعتبر هذا النقص وصية في حدود الثلث فلا يحتاج إلى إجازة الورثة.

وإن كان النقص يزيد على ثلث التركة زيادة كبيرة ـ وهو ما يعبر عنه بالغبن الفاحش ـ توقف تنفيذ الوصية على إجازة الورثة، ما لم يقبل الموصى له بدفع القدر الزائد على الثلث (المادة ٢٤٠).

تنفيذ الوصية مع الدَّين:

إذا كانت الوصية مستوفية للشروط كان تنفيذها متوقفاً على معرفة نوع المال الموصى به، ونوع التركة التي ستنفذ الوصية منها.

ذلك أن الوصية قد تكون بمال معين كأن يقول: أوصيت بهذه النقود، وقد تكون بمال مرسل أي بمبلغ من المال غير معين كأن يقول: أوصيت بثلاثة آلاف ليرة، وقد تكون بعين معينة كأن يقول: أوصيت بهذه الدار، وقد تكون بجزء شائع من ماله كأن يقول: أوصيت بربع مالي أو ثلثه، وقد تكون بجزء مجهول كأن يقول: أوصيت بمثل نصيب ولدي.

والتركة قد تكون كلها مالاً حاضراً أي مهيئاً تحت تصرف الورثة والموصى له بحيث يستطيعون التصرف بها إما حقيقة أو حكماً كالأموال المودعة في البنوك أو عند وكيل مؤتمن، وقد يكون بعضها حاضراً وبعضها غائباً، والغائب هو ما لا يكون تحت أيدي الورثة حقيقة ولا حكماً، كالبضائع في السفينة والأموال عند أيدٍ غير أمينة، والأموال المغصوبة والأموال الموجودة تحت تصرف الأعداء، وقد يكون في التركة دين وهو كل ما للميت في ذمة الغير لم يقبض حتى تنفيذ الوصية.

فإذا كان المال كله حاضراً فلا ريب في وجوب تنفيذ الوصية في حدود الثلث سواء كانت الوصية بنقود أو أعيان معينة أو نقود مرسلة.

وأما إذا كان غير حاضر أو فيه دين فقد ذكر القانون خمس حالات يجري فيها تنفيذ الوصية بشكل لا يضر بالموصى له وبالورثة، وإليك ما ذكره القانون:

١ ـ إذا كان الموصى به مالاً مرسلاً وكان في التركة دين أو مال غائب، ينظر فإن كان الموصى به يخرج من ثلث المال الحاضر من التركة أخذه الموصى له إذ لا ضرر في ذلك على الورثة ولو هلك المال الغائب أو الدين حيث يبقى لهم ثلثا المال الحاضر، وإن كان لا يخرج من الثلث استوفى منه بقدر هذا، وكان الباقي للورثة، وكلما حضر شيء استوفى الموصى له ثلثه حتى يستكمل حقه.

فلو أوصى له بألف ليرة مثلاً وكان المال الحاضر ثلاثة آلاف، أخذ وصيته من المال الحاضر، وإن كان المال الحاضر ألفاً وخمسمائة أخذ الموصى له مقدار ثلث الحاضر وهو خمسمائة، وكلما حضر شيء بعد ذلك أخذ ثلثه حتى يستوفي نصيبه.

٢ ـ إذا كان الموصى به عيناً كدار معينة أو عقار معين، وكان في التركة دين أو مال غائب فالحكم فيها كالحكم في المسألة السابقة تماماً.

وإلى هاتين الحالتين أشارت المادة (٢٤١).

٣ ـ إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة كالربع أو الثلث، وكان فيها مال غائب أو دين، استوفى الموصى له سهمه في المال الحاضر، أي ربعه إذا كانت الوصية له بالربع مثلاً، وكلما حضر شيء استوفى سهمه فيه وهو الربع في هذه الصورة (الفقرة ١ من المادة ٢٤٢).

٤ ـ إذا كان للتركة دين على أحد الورثة مستحق الأداء أي قد حل وقته عند

أدائه قسمة التركة، تقع المقاصة بينه وبين مجانسه من التركة، ويعتبر الدين بهذه المقاصة مالاً حاضراً، فلو أوصى له بألف ليرة وترك ولدين وثلاثة آلاف ليرة، منها ألف دين على أحد الولدين قد استحق أداؤه، تقسم التركة على ثلاثة أسهم، لكل من الولدين سهم وللموصى له سهم، ويعتبر الدين مالاً حاضراً، فيأخذ الموصى له ألفاً والولد غير المدين ألفاً ولا يأخذ الولد المدين شيئاً إذ تقع المقاصة بين نصيبه من التركة وبين ما عليه من الدين (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

٥ ـ في المسألة السابقة إذا لم يكن في التركة مال من جنس الدين الذي على الوارث لا تقع المقاصة، ولكن يصير نصيب الوارث المدين من التركة محجوزاً لاستيفاء الدين، ويعتبر ما يساوي هذا النصيب من الدين مالاً حاضراً.

فمثلاً لو أوصى له بألف ليرة وترك ولدين وعقاراً قيمته ألفا ليرة، فالعقار ليس من جنس المال الموصى به، فيقسم العقار (وهو المال الحاضر) والدين على الولدين والموصى له، فيكون لكل من الولدين والموصى له ثلث العقار وثلث الدين، ثم يأخذ الموصى له والولد غير المدين العقار كله، ويكون نصيب الولد المدين فيه كأنه مرهون عندهما لقاء حقهما فيما عليه من دين، فإن دفع إليهما ثلثي الدين الذي عليه، اقتسماه بينهما وسلما إليه نصيبه من العقار وهو الثلث، وإلا باع القاضي حصته من العقار لوفاء الدين الذي عليه (الفقرة ٣ من المادة المذكورة).

هذا وقد نص القانون على أن أنواع النقد وأوراقه تعتبر جنساً واحداً في المقاسمة، فالنقود الذهبية والأوراق المالية تعتبر جنساً واحداً (الفقرة ٤ من المادة المذكورة).

هلاك الموصى به:

قد يهلك الموصى به أو بعضه، وفي ذلك حالات ذكر القانون منها ثلاثاً:

١ ـ أن تكون الوصية بشيء معين من التركة كأن يقول أوصيت بهذه الدار أو بهذه الغنم، أو أن تكون الوصية بنوع من ماله كأن يوصي بغنمه أو دوره، ثم هلك ما أوصى به أو استحق، فقد بطلت الوصية ولا شيء للموصى له، ذلك لأن الوصية تعلقت بعين قائمة وقت الإيصاء وقد فاتت بعد ذلك، ففات محل الوصية.

٢ ـ أن تكون الوصية بحصة شائعة في شيء معين بذاته كأن يوصي بنصف هذه الدار، ثم هلكت الدار كلها أو استحقت فقد بطلت الوصية أيضاً لفوات

محلها، فإن هلك بعضها أو استحق أخذ الباقي إذا كان الباقي يخرج من الثلث (المادة ٢٤٤).

٣ ـ أن تكون الوصية بجزء شائع من نوع معين من أمواله كأن يوصي بنصف دوره، ثم هلكت الدور كلها أو استحقت فلا شيء للموصى له لفوات محل الوصية، وإن هلك بعضها أو استحق اعتبر الهالك كأنه لم يكن، وأخذ نصف الباقي إذا كان يخرج من الثلث، وإلا أخذ منه بمقدار الثلث (المادة ٢٤٥)

* * *

الفصل السادس

الوصية بالمنافع

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز أن يوصي الإنسان بمنفعة ما يملكه لشخص معين مع بقاء العين على ملك الورثة، فيجوز أن يوصي بسكن داره لفلان، ويكون له الحق بسكناها، مع بقاء عينها لورثته، ويشترط الجمهور لصحة الوصية بالمنفعة أن تخرج العين أو المنفعة من ثلث التركة أو أقل، وسنشرح ذلك عند موضعه من القانون، وذهب بعض الفقهاء إلى منع الوصية بالمنافع، وقد أخذ القانون برأي الجمهور، وبنى على ذلك جميع الأحكام الواردة في فصل الوصية بالمنافع وإليك خلاصتها:

إن الوصية بالمنفعة قد تكون مقيدة بوقت معين كسنة مثلاً، وقد تكون مؤبدة وقد تكون مطلقة لم تقيد بوقت معين ولم ينص على تأبيدها، وقد جرى الفقهاء على عدم التفرقة في الأحكام بين المؤبدة والمطلقة وجرى القانون على ذلك.

١ ـ فإذا كانت الوصية بالمنفعة مقيدة بمدة محددة في بدئها ونهايتها كسنتين من أول عام ١٩٦٠ إلى نهاية عام ١٩٦١ استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة، فإذا انقضت المدة المذكورة قبل وفاة الموصي بطلت الوصية. وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها (الفقرة ١ من المادة ٢٤٦).

٢ ـ إذا كانت الوصية بالمنفعة مقدرة بمدة معينة كسنتين دون تحديد بدء الانتفاع، استحق الموصى له المنفعة منذ وفاة الموصي (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

٣ ـ إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها ضمن له بدل المنفعة عن تلك المدة، وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وبين أن يضمنهم بدل المنفعة عن تلك المدة، فإذا اختار أحد الأمرين وجب على الورثة تنفيذ ما اختاره.

٤ ـ وإذا كان المنع آتياً من جهة الموصي كأن يكون الموصي قد آجر الدار الموصى بمنفعتها لمدة معينة ثم مات قبل أن تنتهي مدة الإجارة، أو كان المنع لعذر قاهر حال بين الموصى له وبين الانتفاع كأن يكون سجيناً أو غائباً أو تكون الدار مغصوبة استحق الموصى له المنفعة المقدرة في الوصية منذ زوال المانع (المادة ٢٤٨ الفقرة ٣).

جواز استغلال العين الموصى بمنفعتها:

إذا أوصى له بسكن دار هل يجوز أن يستغلها دون أن يسكنها كأن يؤجرها لغيره! ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء وبه أخذ القانون، فنص على أن الموصى بمنفعتها إذا كانت تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها (المادة ٢٤٨).

الوصية بالثمرة:

إذا أوصى بثمرة بستانه لإنسان فإن جاء النص فيها على التأبيد أو مدة حياة الموصى له كانت كذلك، وإن نص في الوصية على الثمرة الموجودة له حال وفاة الموصي كان له ما كان موجوداً منها عندئذٍ، فإن لم يوجد شيء فلا شيء له وكذلك لو قام الدليل على أن الموصي أراد ما كان موجوداً منها عند وفاته ولو لم ينص على ذلك، وإن جاءت الوصية مطلقة كان للموصى له ما كان موجوداً عند الوفاة وما سيوجد في المستقبل طول حياته، إلا إذا قامت قرينة على خلاف ذلك.

وإلى هذا ذهب الشافعية وبه أخذ القانون (المادة ٢٤٩).

أما فقهاء الحنفية فقد قالوا بذلك فيما إذا كانت الوصية بالغلة، وأما إذا كانت الوصية بالثمرة فقالوا إن له ما كان منها قائماً وقت الوفاة لا ما سيوجد في المستقبل، لأن الثمرة اسم للموجود عُرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة كالتنصيص على الأبد، وأما الغلة فتنتظم الموجود وما سيوجد مرة بعد أخرى عرفاً.

الوصية بحصة من المنفعة:

إذا كانت المنفعة الموصى بها مشتركة بين الموصى له وبين ورثة الموصي

كأن يكون قد أوصى له بنصف الغلة، فهناك ثلاث طرق لاقتسام المنفعة:

١ ـ تقسيم غلة العين الموصى بها بنسبة ما يخص الورثة والموصى له.

٢ ـ تقسيم العين الموصى بها بينهم قسمة مهايأة زمانية أو مكانية، فالأولى أن تعطى لأحد الفريقين مدة من الزمن ينتفع بها على الوجه الذي يراه، ثم يأخذها الفريق الآخر بقدر تلك المدة فينتفع بها حسب ما يراه أيضاً، والثانية أن يأخذ كل من الفريقين جزءاً من العين في وقت واحد ينتفع بها حسب ما يراه، ثم يتبادل الفريقان مرة أخرى.

٣ ـ تقسيم العين بين الفريقين على حسب نصيب كلٍّ منهما، فينتفع بها كل فريق كما يشاء من غير تبادل كما في قسمة المهايأة المكانية، ولكن هذا الطريق الثالث يشترط فيه أن تكون العين محتملة للقسمة وأن لا يضر ذلك بالورثة.

وإذا اختلف الفريقان في اتخاذ طريق من هذه الطرائق كانت المحكمة هي التي تبتُّ في الموضوع(المادة ٢٥٠).

نفقات الموصى به:

إذا كانت الوصية بالمنفعة لجهة، وبالرقبة لجهة أخرى، صحت الوصيتان وكانت الضرائب التي تفرض على العين وسائر نفقات الانتفاع على الموصى له بالمنفعة (الفقرة ١ من المادة ٢٥٠).

بيع الموصى بمنفعته:

يجوز للورثة أن يبيعوا العين الموصى بمنفعتها إذا كانت كلها ملكاً لهم، أو يبيعوا نصيبهم منها، وينفذ هذا البيع دون حاجة إلى إجازة الموصى له، لأن حقه في المنفعة فحسب، وهي لا تختلف باختلاف المالكين، (الفقرة ٢ من المادة ٢٥١) وهذا هو رأي الأئمة الثلاثة، أما الحنفية فيشترطون إجازة الموصى له.

بطلان الوصية بالمنفعة:

نصَّ القانون (المادة ٢٥٢) على أن الوصية بالمنفعة تسقط في الحالات التالية:

أ ـ بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها، لأن المنافع في الوصية لا تورث.

ب ـ بتملك الموصى له العين التي أوصي له بمنفعتها.
جـ ـ بتنازله عن حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض.
د ـ باستحقاق العين.

كيف تحسب الوصية بالمنفعة من الثلث؟

قلنا إن جمهور الفقهاء الذين يرون مشروعية الوصية بالمنافع يشترطون أن تخرج العين الموصى بمنفعتها أو المنفعة بحد ذاتها من الثلث، ونذكر الآن أن الفقهاء اختلفوا في تقدير المنفعة بالنسبة إلى ثلث التركة. وقد اختار القانون طريقاً مأخوذاً من الكثرة، وذلك حسب مدة المنفعة الموصى بها وإليك ما ذكره القانون (المادة ٢٥٣).

١ ـ فإن كانت المنفعة مؤيدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين وكانت الوصية بكل المنفعة تقدر العين نفسها، ففي الدار الموصى بسكناها أبداً أو مطلقاً عن التوقيت أو لمدة حياة الموصى له تقدر قيمتها، فإن كانت تخرج من الثلث صحت وإلا فلا بدّ من إجازة الورثة بالقدر الزائد على الثلث.

٢ ـ وإن كانت الوصية ـ في الصورة السابقة ـ بحصة نسبية من المنافع كثلث الغلة أو نصفها تعتبر مساوية لنظير هذه النسبة من العين، فيقدر نصف الدار مثلاً إذا كانت الوصية بنصف غلة الدار أو بسكنى نصفها، ثم ينظر إلى نسبة هذا النصف من ثلث التركة كما قدمنا.

٣ ـ وإن كانت الوصية بالمنافع لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة، فإذا كانت الوصية بسكنى الدار لمدة خمس سنوات وكانت أجرة الدار عاديَّة بألفي ليرة في كل سنة، كان مجموع قيمة المنفعة خلال مدة الوصية عشرة آلاف ليرة، فينظر إلى نسبة ذلك من ثلث التركة.

٤ ـ وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق كحق الشرب أو حق المرور أو حق التعلِّي، قدرت المنفعة بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وبين قيمتها بدونه.

* * *

الفصل السابع

أحكام الزيادة في الموصى به

جاء القانون بتفصيل لأحكام الزيادة التي تطرأ على العين بعد الإيصاء بها كما يلي:

١ ـ إذا زاد الموصي في العين الموصى بها شيئاً لا يستقل بنفسه التحق بالوصية، وذلك كما إذا غرس في الأرض الموصى بها شجرة أو جصّص الدار وأصلح حيطانها وأبوابها وما أشبه ذلك، ويلحق بهذا ما إذا كانت الزيادة مما يمكن فصلها ولكن العادة أن يُتسامح في مثله، كما إذا زاد في الدار حمّاماً أو غرفة صغيرة ملحقة بالبناء، فإن ذلك يلتحق بالوصية، وكذلك ما إذا كانت الزيادة مما يستقل بنفسه ولكن الموصي قصد إلحاقها بالوصية بقرينة من القرائن فإنها تلحق بالوصية وليس للورثة حق فيها (الفقرتان ١، ٣ من المادة ٢٥٤).

٢ ـ إذا زاد الموصي شيئاً يستقل بنفسه، كما إذا بنى في الأرض الموصى بها أو زاد في نفس الدار الموصى بها زيادة كبيرة وليس مما يُتساهل فيه عادة، ففي هذه الحالة يصبح الورثة شركاء للموصى له في مجموع الوصية وما ألحق بها من زيادة، ويكون للورثة من هذا المجموع حصة تعادل قيمة الزيادة قائمة (الفقرة ٢ من المادة المذكورة).

٣ ـ إذا هدم الموصي العقار الموصي به وأعاد بناءه مع تغير معالمه دون نوعه كأن يكون الموصى به داراً فأعاد بناءها بتغيير نظام غرفها مع بقائها داراً للسكنى، ففي هذه الحالة تكون الدار بحالتها الجديدة وصية لا حق للورثة في شيء منها.

٤ ـ إذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين أخرى وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً، كما إذا كانتا دارين أوصى بإحداهما ثم جعلهما داراً واحدة، يشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة الدار الموصى بها قبل هذا التغيير (المادة ٢٥٦).

* * *

الفصل الثامن

الوصية الواجبة

مستندها الفقهي :

الوصية الواجبة بالشكل الذي نص عليه القانون مما استحدثه المشرعون في القضاء الإسلامي الحديث، لمعالجة مشكلة من مشكلات الأسرة التي كانت الآراء متفقة على وجوب معالجتها وإيجاد حل لها، وهي مشكلة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة جدهم أو جدتهم ثم يموت الجد أو الجدة بعد ذلك، وفي نظام الإرث الإسلامي لا يستحق هؤلاء الحفدة شيئاً من ميراث الجد أو الجدة لوجود أعمامهم أو عماتهم على قيد الحياة، وقد يكون هؤلاء الحفدة في فقر وحاجة ويكون أعمامهم أو عماتهم في غنى وثروة، إن نظام الإرث من حيث قواعده العامة نظام عادل لا اعتراض عليه، فالأقرب أمسُّ صلة بالميت من الأبعد، ولكن تطبيق هذا النظام قد يؤدِّي إلى بعض المفارقات كما في مشكلة الحفدة الفقراء، ولذلك جاء القانون المصري للوصية الصادر عام ١٩٤٦ بحل هذه المشكلة عن طريق الوصية الواجبة، ثم اقتفى أثره قانوننا مع بعض الاختلاف في الأحكام سنذكره.

وإعطاء الحفدة المحجوبين بوجود أعمامهم أو عماتهم نصيباً من أموال الجد عن طريق الوصية الواجبة مستند إلى مجموع آراء فقهية لا إلى مذهب معين أو رأي فقهي معين.

ذلك أن الجمهور من الفقهاء على أن الوصية في حدود الثلث مندوب إليها كما قدمنا، ولكن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أنها واجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون عملاً بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠] أما بالنسبة إلى غيرهم فهي مندوبة.

وذهب آخرون إلى أنها واجبة مطلقاً، للوالدين والأقربين غير الوارثين

ولغيرهم. وهؤلاء الفقهاء وأولئك يرون أن الوجوب في هذه الحالة وجوب دياني، بمعنى أنه لو ترك الإيصاء لهم يأثم عند الله ولا يجب على ورثته إخراج شيء من ماله لهم.

وذهب ابن حزم إلى أنه واجب قضائي أيضاً، فإذا لم يوصِ لهم بشيء وجب على ورثته أو على الوصي المشرف على التركة إخراج شيء غير محدد بمقدار من مال الميت، وإعطاؤه للوالدين غير الوارثين. أما غيرهم من الأقرباء غير الوارثين فيجب أن يعطى لثلاثة منهم شيء من المال، وابن حزم في هذا متمشٍّ مع ظاهر نص الآية حيث أوجبت الوصية للوالدين والأقربين، والأقربون لفظ جمعٍ يصدق بثلاثة فإذا لم يقم الميت بهذا الواجب حال حياته وجب على ورثته أو مَن يقوم مقامه أن يقوم بهذا الواجب، كما في سائر الواجبات المالية المتعلقة بذمة الميت وكما في الزكاة على رأي الجمهور.

من هذه الآراء الفقهية التي ذكرناها استمد مشرع القانون المصري مبدأ الوصية الواجبة للحفدة. ولكننا نلاحظ أمرين:

أولهما: أن القانون المصري قصر هذه الوصية الواجبة على أولاد الابن مهما نزلوا وللطبقة الأولى فحسب من أولاد البنت، أما القانون السوري فقد قصرها على أولاد الابن فحسب دون أولاد البنت، بحجة أن أولاد البنت لا يحرمون من الميراث في هذه الحالة لوجود أعمامهم أو عمتهم، بل لأنهم من ذوي الأرحام فلا يرثون في نظام الإرث الإسلامي إلا عند عدم ذوي الفروض والعصبات كما هو معلوم.

ونحن نرى أنه ما دام القصد معالجة مشكلة الأحفاد فمن الواجب أن تشمل الوصية الواجبة جميعهم سواء كانوا أولاد الابن أم أولاد البنت لطبقة واحدة أم لأكثر. وقد بلغنا أن المشروع الموحد لقانون الأحوال الشخصية الذي يجري إعداده الآن يميل إلى الأخذ بهذا الرأي وهو الحق الذي ينبغي الأخذ به.

بقي أن يقال إن القانونين المصري والسوري قد قصرا الوصية الواجبة على الأحفاد فحسب، دون غيرهم من الأقرباء والوالدين الذين لا يرثون، مع أن القائلين بوجوب الوصية لهؤلاء لا يخصون الحفدة بها، بل متفقون على الوالدين غير الوارثين ومختلفون فيمن عداهم كما رأيت، فأين الوصية الواجبة للوالدين المخالفين للابن في الدين مثلاً أو الذين لا يرثون لسبب من الأسباب، مع أن نص

الآية صريح في اعتبارهم قبل غيرهم؟ وأين الوصية الواجبة لغير الوالدين من الأقرباء الذين لا يرثون؟ إننا نعتقد أن النصوص التي وردت في هذا الشأن وروح الإسلام الاشتراكية تحتم إشراك هؤلاء جميعاً بشيء من مال الميت مع الورثة، وسيظل الإصلاح الذي توخّاه القانون قاصراً حتى يعطي كل قريب غير وارث شيئاً من مال الميت[١].

ثانيهما: إن القائلين بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين لم يحددوا مقدار هذه الوصية، ولكن القانون حددها للحفدة بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصلهم المتوفى على تفصيل في ذلك سنتعرض له، وهذا التحديد لم يقل به فقيه من الفقهاء. وسند المشرع في ذلك كما جاء في المذكرة التفسيرية هو قوله تعالى في الآية المذكورة آنفاً ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وهو سند تشريعي لا بأس به.

أحكام الوصية الواجبة:

١ ـ نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥٧) على أن من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاد هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط الآتية:

أ ـ الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

ويلاحظ هنا ما ذكرناه من أن القانون قد قصر الوصية الواجبة على (أولاد الابن) وبذلك لا يستحق أولاد البنت هذه الوصية الواجبة.

كما يلاحظ أن الوصية تكون (بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى الخ) وهذا نص واضح لا يحتمل التفاسير التي احتملها نص القانون المصري (بمثل ما كان يستحقه الخ) واختلف الشراح في تفسيره، وبذلك تفادى قانوننا ما يؤدي إليه القانون المصري في كثير من الحالات من أن يأخذ ولد الابن أكثر مما يأخذه الابن الباقي على قيد الحياة (وهو عم الحفيد) ومع ذلك فقد جاء

---

(١) انظر ما سميناه بقانون المشاركة من قوانين التكافل الاجتماعي في كتابنا «اشتراكية الإسلام».

في نص القانون السوري قيد لم يرد في القانون المصري وهو (على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور) ومعنى ذلك أننا نفرض للابن الميت نصيبه كما لو كان قد مات إثر وفاة أبيه (الجد) فيشارك إخوته ورثته في الميراث منه حينئذٍ، ثم ما يخص هؤلاء الورثة هو النصيب الذي يأخذونه أخيراً، ولنضرب لذلك مثالاً:

مات الجد عن عائشة وسمية وابن ابن (أحمد وهو متوفى) يكون استخراج الوصية الواجبة لابن الابن كما يلي:

أولاً ـ نقسم تركة الجد بين ابنه أحمد وبنتيه عائشة وسمية، فيكون لأحمد النصف ولكل من عائشة وسمية الربع.

ثانياً ـ ثم نفرض أن أحمد مات بعد وفاة أبيه بدقائق عن بنت له تسمى (لمياء) وعن أختيه السالفتين عائشة وسمية، فيكون النصف الذي استحقه أحمد من مال أبيه موزعاً بين لمياء بنته فتأخذ نصفه (أي الربع) وأختيه عائشة وسمية فتأخذان النصف الثاني وفق قواعد الميراث، وعلى ذلك يكون ما تستحقه لمياء (بنت الابن) في الوصية الواجبة هو الربع، بينما تأخذ كل من عمتيها عائشة وسمية الثلثين من أبيهما (الجد) لكل واحدة الثلث وما بقي يرد عليهما إذا لم يكن هنالك عصبة من الرجال.

وبهذا الحل نجد أن بنت الابن أخذت أقل من كل واحدة من عمتيها، بينما كانت ستأخذ ما يعادل نصيبيهما معاً لو لم نفرض موت أبيها إثر وفاة جدها، وهذا غير معقول، ولذلك كان من ميزات النص السوري بالنسبة للنص المصري أنه لا يؤدي إلى أن يأخذ الحفيد أكثر من عمه أو بنت الابن أكثر من البنت الصلبية المباشرة.

ومع ذلك فمن الواجب أن ينص بصراحة على منع أن يتجاوز نصيب الحفدة المستحقين للوصية الواجبة نصيب غيرهم ممن هو أعلى منهم طبقة أو يساويهم من فروع الجد دفعاً لكل احتمال.

وآخر ما نذكره من الملاحظات على هذه الفقرة أنها قيدت الوصية الواجبة بأن لا تتجاوز ثلث التركة، وهذا يتفق مع جعلها وصية ولو كانت بدلاً عن ميراث.

ولنعد إلى شرح نصوص القانون:

ب ـ لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جداً كان

أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجبت الوصية بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من الوصية الواجبة.

وهذا صريح في أن شرط استحقاق الوصية الواجبة أن لا يكون الحفيد وارثاً لجده فإن كان يرث فلا يستحقها، مثال ذلك لو مات عن بنت وبنت ابن (متوفى) فإن بنت الابن هنا ترث ولها السدس والرد كما سيأتي في المواريث فلا تستحق الوصية الواجبة.

والشرط الثاني المستفاد من ذلك النص أن لا يكون الجد قد أعطى حفيده ما يوازي نصيبه عن طريق الوصية الواجبة، فإذا أعطاه كامل نصيبه فلا شيء له، وإذا أعطاه أقل من نصيبه وجب أن يأخذ ما يتمم به نصيبه، وإذا كان قد أعطاه أكثر كان حكم الزائد عن نصيبه، حكم الوصية الاختيارية للوارث فتتوقف على إجازة الورثة.

جـ ـ تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزل واحداً كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

وهذا تأكيد لما جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة من أن الوصية الواجبة لا تشمل إلا أولاد الابن دون أولاد البنت، وإن المراد بأولاد الابن أولادهم وأولاد أولادهم وإن نزلوا سواء كان الحفيد واحداً أو أكثر تقسم بينهم تقسيم المواريث من أن للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا تطبق عليهم قواعد الميراث في الحجب بل يحجب كل أصل فرعه فقط دون غيره، وفي الميراث يحجب الأقرب الأبعد كما ستعرفه في بحث المواريث.

٢ ـ هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة. والمراد بالوصايا الاختيارية ما أنشأه الموصي باختياره قبل وفاته من وصايا، سواء كانت الوصايا بأداء واجب عليه من دين للناس أو لله تعالى، أو يتبرع من ماله لشخص أو لجهة من جهات الخير، فكل هذه وصايا اختيارية تقدم عليها الوصية الواجبة عند التنفيذ، فإن استوعب الثلث جميع الوصايا الواجبة والاختيارية نفذت كلها، وإلا تنفذ الوصية الواجبة أولاً، وما بقي فللوصايا الاختيارية ويطبق عليها حينئذٍ أحكام تزاحم الوصايا الآتية.

* * *

الفصل التاسع
تزاحم الوصايا

الوصايا إما أن تتزاحم بين العباد، أو في حقوق الله تعالى، أو بين حق الله والعباد.

القاعدة في التزاحم بين العباد:

إذا أوصى بعدة وصايا وزادت في مجموعها عن الثلث ولم تجز الورثة إلا إنفاذ الثلث فقط أو أجاز الورثة إنفاذها ولكن التركة لا تكفي فهناك صورتان:

الأولى: أن تكون كل واحدة من الوصايا لا تزيد على الثلث، كسدس لواحد وثلث لآخر، فيضرب كل سهم في الثلث، أي يأخذ كل واحد من الوصية بنسبة وصيته من الثلث، ولا يقسم الثلث أو التركة في الحالة الثانية بينهم بالسوية اتفاقاً.

الثانية: أن تكون إحداهما تزيد على الثلث، كثلث لواحد وثلثين لآخر فعند أبي يوسف ومحمد يقسم بحسب السهم أيضاً كما في الصورة الأولى، فإذا أوصى لخالد بثلث ماله ولبكر بثلثي ماله قسم الثلث بينهما أثلاثاً، فلخالد واحد ولبكر اثنان.

وعند أبي حنيفة يقسم بينهما مناصفة، فلكل من خالد وبكر في المسألة السابقة نصف الثلث أو نصف التركة.

ودليل أبي يوسف ومحمد فيما ذهبا إليه: أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق والتفضيل، أي تفضيل أحدهما على الآخر في الاستحقاق، فلما امتنع الاستحقاق بأكثر من الثلث مراعاة لحق الورثة، أبقينا على مقصده الثاني وهو التفضيل.

أما أبو حنيفة فدليله: أن الوصية بأكثر من الثلث عند عدم الإجازة من الورثة وقعت بشيء غير مشروع فتبطل بالزائد، والتفضيل إنما ثبت ضمن الاستحقاق وقد بطل الاستحقاق بأكثر من الثلث فيبطل التفضيل تبعاً له.

استثناءات في الصورة:

ويستثني أبو حنيفة من هذه القاعدة حالتين يوافق فيهما صاحبيه وهما: المحاباة والدراهم المرسلة، إذ يقول فيهما كما يقول الصاحبان: إن القسمة بحسب السهام لا مناصفة.

١ ـ المحاباة:

أما المحابة فهي مأخوذة من الحباء، وهو العطاء، والمراد هنا محاباة بعض الناس في ثمن ما يملك عند الوصية بالبيع.

مثالها: أن تكون له داران قيمة إحداهما ثلاثون، وقيمة الثانية ستون، فأوصى أن تباع الأولى من زيد بعشرة، وأن تباع الثانية من عمرو بعشرين ولا مال له سواهما، فكأنه أوصى لزيد بعشرين ولعمرو بأربعين، وماله كله تسعون، فهنا وصايا بالثلثين والقدر الزائد فيها ثلث وهو ثلاثون.

يقول أبو حنيفة في هذه المسألة: إن الثلث يقسم بينهما أثلاثاً... فتباع الدار الأولى من زيد بعشرين والعشرة الباقية من ثمنها وصية له، وتباع الثانية من عمرو بأربعين والعشرون وصية له.

٢ ـ الدراهم المرسلة:

وأما الدراهم المرسلة فصورتها كما لو أوصى لزيد بثلاثين درهماً، ولعمرو بستين، وماله كله تسعون. فلا يستحقان من الوصية إلا ثلاثين، يقول أبو حنيفة: إن زيداً يأخذ عشرة فقط، ويأخذ عمرو عشرين.

وإنما استثنى أبو حنيفة هاتين الحالتين من عموم الحالات التي تزيد فيها إحدى الوصايا عن الثلث، ووافق صاحبيه في وجوب القسمة بحسب السهام، لأن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث، فإذا أوصى بما زاد عليه كان ذكره لغواً كأنه لم يقع، وكأن الوصية وقعت ابتداء بالثلث للموصى لهما فيقسم بينهما مناصفة.

أما في هاتين الحالتين فإن الموصي لم يذكر في وصيته ما يبطل الوصية من حيث اللفظ، كما إذا أوصى بخمسين وماله مائة، فالبطلان هنا لا من نفس اللفظ بل من الواقع، بحيث لو كان ماله مائة وخمسين لمَا بطلت هذه الوصية فلا تكون الوصية باطلة تماماً لإمكان أن يظهر له مال فوق المائة.

هذا وقد أخذ القانون برأي الصاحبين لسهولة تطبيقه وقربه من العدالة.

التزاحم في حقوق الله تعالى:

إذا أوصى بوصايا تزيد عن الثلث، وكلها من حقوق الله تعالى **فهي على** أربعة أحوال:

١ - أن تكون الوصايا كلها فرائض كالزكاة والحج.
٢ - أن تكون كلها واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر.
٣ - أن تكون كلها مندوبات كحج التطوع والصدقة للفقراء.
٤ - أو تكون خليطاً من الأنواع السابقة.

- فإذا كانت متحدة الجنس فقد قال أبو حنيفة وصاحباه: يقدم فيها ما بدأ به الميت أولاً، فإذا أوصى بحج وزكاة قدم الحج، أو أوصى بكفارة يمين وصدقة فطر قدمت الوصية بكفارة اليمين، فإن فضل شيء من الثلث فلصدقة الفطر.

وقال زفر: يقسم الثلث بينهما بالتساوي وبه أخذ القانون لسهولة تطبيقه.

- وإن اختلطت يبدأ بالفرائض، ثم بالواجبات، ثم بالمندوبات، فإذا أوصى بحج ونذر وصدقة لفقير، بدئ بالحج، فإن فضل شيء فللنذر، فإن فضل شيء فللفقير.

التزاحم بين حق الله والعباد:

أما إذا تزاحمت بين حق الله والعباد، كما إذا أوصى للحج والزكاة ولزيد والكفارات، فإنه يقسم الثلث أو التركة على جميعها، وتجعل كل جهة من حقوق الله مفردة بسهم، ولا تجعل كلها سهماً واحداً، فللحج ربع الثلث وللزكاة ربع الثلث، ولزيد ربع الثلث، وللكفارات ربع الثلث.

هذه الأحكام التي فصلناها في تزاحم الوصايا قد أجملت أكثرها المادتان التاليتان:

المادة ٢٥٨ - إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث - بحسب الأحوال - بين الوصايا بالمحاصّة على أن لا يستوفي الموصى له بالعين نصيبه إلا من هذه العين.

المادة ٢٥٩ ـ إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل.

إلى هنا ينتهي موجز أحكام الأهلية والوصية في الفقه والقانون، وسنبسط القول فيهما مع المقارنة في كتابنا «الوسيط في أحكام الأحوال الشخصية» إن شاء الله تعالى، والحمد لله رب العالمين.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
القسم الأول	
المقدمة	٣
الفصل الأول	٧
تعريف الأهلية	٧
أقسام الأهلية	٧
أهلية الوجوب	٧
أهلية الأداء	٩
مراحل تطور الإنسان	١٠
عوارض الأهلية	١١
العوارض السماوية	١١
العوارض المكتسبة	١٤
الفصل الثاني: في الحجر وأسبابه	١٧
تعريف الحجر وأسبابه	١٧
أحكام الصغير قبل التمييز	١٨
أحكام الصغير بعد التمييز	١٨
أحكام المأذون	١٩
البلوغ وعلاماته	٢٠
الجنون	٢١
العته	٢٢
السفه	٢٢
الغفلة	٢٤
الدَّين	٢٤
الفسق	٢٥
ما اتفقوا عليه من الحجر	٢٥
الأحكام القانونية في الأهلية والحجر	٢٦
سن الرشد	٢٧
تتمة الأحكام القانونية	٢٨
أحكام المفقود	٣٠
الفصل الثالث: في الولاية وأقسامها .	٣١
الولاية على النفس	٣١
الولاية على المال	٣١
الولاية على النفس والمال	٣٢
شروط الولاية	٣٢
صلاحيات الأولياء	٣٢
الأحكام القانونية	٣٣
الفصل الرابع: في الوصاية	٣٥
تعريف الوصي	٣٥
تقسيم الوصي	٣٥
شروط الوصي	٣٥
الخلاف في تعريف العدالة	٣٦
شروط مختلف فيها	٣٧
هل تبطل الولاية بفقد أحد شروطها؟	٣٨
متى تلزم الوصاية	٣٩
هل يجوز للموصي عزل الوصي	٤٠
هل يجوز للقاضي عزل الوصي ...	٤٠

الموضوع	الصفحة
موقف القانون	٤١
الوصي المؤقت	٤٣
صلاحيات الأوصياء	٤٣
الأحكام الفقهية	٤٣
تصرفات الوصي المختار	٤٣
تصرفات وصي القاضي	٤٨
الأحكام القانونية	٤٩
واجبات الأوصياء	٥٠
انتهاء الوصاية	٥٢
عزل الوصي	٥٢
واجبات المعزولين والذين انتهت وصايتهم	٥٣
عقوبات الأوصياء	٥٤
الناظر وواجباته ومسؤولياته	٥٤
القيم والوكيل القضائي	٥٤
القسم الثاني	
الفصل الأول	٥٧
تعريف الوصية	٥٧
مشروعية الوصية	٥٩
أقسام الوصية	٥٩
الفصل الثاني	٦١
ركن الوصية	٦١
بماذا تنعقد الوصية	٦١
صحة الوصية	٦٢
الرد والقبول	٦٣
الفصل الثالث	٦٥
شرائط الموصى له	٦٦
الوصية للحمل	٦٧
موقف القانون	٧٠
متى يشترط عدم الإرث	٧٣
هل تصح بإجازة الورثة	٧٣
متى تعتبر الإجازة	٧٤
موقف القانون	٧٨
شرائط الموصى به	٧٨
الفصل الرابع	٨٤
بطلان الوصية	٨٤
الرجوع عن الوصية	٨٥
موقف القانون	٨٦
حكم الوصية عند البطلان	٨٧
جحود الوصية	٨٧
الفصل الخامس	٨٨
أحكام الوصية	٨٨
في الموصى له	٨٨
الوصية للمعدوم	٨٨
الوصية بالأعيان للمعدوم ممن يحصون	٩٠
الوصية بالمنافع لهؤلاء	٩٠
الوصية لمن لا يحصون	٩٠
الوصية لقوم محصورين	٩١
الوصية المشتركة	٩١
الموصى به	٩٢
الوصية ببيع أو إيجار	٩٢
تنفيذ الوصية مع الدين	٩٢
هلاك الموصى به	٩٤
الفصل السادس	٩٦
الوصية بالمنافع	٩٦
جواز استغلال العين الموصى بمنفعتها	٩٧
الوصية بالثمرة	٩٧
الوصية بحصة من المنفعة	٩٧

الموضوع	الصفحة
نفقات الموصى به	٩٨
بيع الموصى بمنفعته	٩٨
بطلان الوصية بالمنفعة	٩٨
كيف تحسب الوصية بالمنفعة من الثلث	٩٩
الفصل السابع: أحكام الزيادة في الموصى به	١٠٠
الفصل الثامن: الوصية الواجبة	١٠١
أحكام الوصية الواجبة	١٠٣
الفصل التاسع: تزاحم الوصايا	١٠٦
استثناءات في الصورة	١٠٧
التزاحم في حقوق الله تعالى	١٠٨
التزاحم في حقوق العباد	١٠٨

شرح قانون الأحوال الشخصية

الجزء الثالث

أحكام المواريث

تأليف

الدكتور مصطفى السباعي

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وأصحابه والتابعين.

وَبَعْد: فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا «شرح قانون الأحوال الشخصية» نقدمه في طبعته الثالثة مع تصحيح الأخطاء المطبعية التي وردت في الطبعة السابقة، ومن الله نستمد العون التوفيق.

دمشق: شعبان ١٣٨٠

شباط ١٩٦١

مصطفى السباعي

القسم الثالث

وهو يتضمن:

الكتاب السادس: وفيه الأبواب التالية:

تمهيد في مشروعية الإرث في الإسلام

الباب الأول: أحكام عامة.

الباب الثاني: أسباب الإرث وموانعة وطرائقه.

الباب الثالث: الإرث بطريق الفريضة.

الباب الرابع: الإرث بطريق العصوبة النسبية.

الباب الخامس: الحجب والرد.

الباب السادس: الإرث بحق الرحم.

الباب السابع: في المقر له بالنسب.

الباب الثامن: في الحمل والمفقود وغيرهما.

تمهيد

يتضمن الأبحاث التالية:

أ ـ دليل مشروعية الإرث ومناقشة المعترضين عليها.

ب ـ ملاحظات على أحكام الإرث في الإسلام.

جـ ـ مكانة علم الفرائض (المواريث).

د ـ أصوله التي يستمد منها أحكامه.

أ ـ مشروعية الإرث

تذهب بعض المذاهب الاشتراكية الحديثة إلى عدم مشروعية الإرث بناء على منعها للتملك الفردي، وتعلل ذلك بأن قواعد العدالة تأبى أن يملك الوارث مالاً لم يتعب في تحصيله، وقد يكون المال الموروث مجموعاً من طرق ظالمة، فليس من العدالة أن يعطى لمن لا يستحقه.

وأيضاً فهذان ولدان يولدان: أحدهما من غني ورَّثه أبوه أموالاً طائلة سينفقها في اللذة والإثم، وسيكون عالة على المجتمع لا يبذل جهداً ولا يقدم عملاً. . والثاني من فقير ليس له مايورثه، وعليه أن يسعى بنفسه لتحصيل قوته فما ذنب هذا الصبي الفقير؟ وما ميزة ذلك الغني؟ أليس هذا تفاوتاً يجب أن تمنعه العدالة؟

ولكن الإسلام ـ كبقية الشرائع السماوية والمذاهب الاشتراكية الأخرى وغيرها من المذاهب الاجتماعية ـ يعتبر الإرث حقّاً شرعيّاً بناء على إباحته للتملك الفردي، وكل من جاز أن يتملك جاز أن يورث، فمنع الإرث أو مشروعيته ثمرة الخلاف في الملكية الفردية التي يجيزها الإسلام ـ ضمن حدود معينة ـ وتمنعها بعض المذاهب الاشتراكية، وليس هذا مكان التدليل على صحة النظرية الإسلامية في الملكية، ولكن الواجب يقضي أن نشير إلى أهم المبادئ العامة التي وضعها الإسلام للتملك والتصرف في الأموال، حتى يندفع ما قدمناه من حجج القائلين بمنع الإرث، وما يزعمون من أنه مناف للعدالة والمساواة.

١ ـ أول ما يقرره الإسلام اعتبار الأموال وما في الأرض من ثروة ومتعة، وما في السماء من طيور ونجوم وشموس وأقمار، ملكاً لله وحده لا ينازعه فيه منازع، وفي ذلك تكرر في القرآن مثل هذه الآيات لتأكيد هذا المعنى وتقريره: ﴿لَهُۥ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: ١٠٧] ﴿لِّلَّهِ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: ٢٨٤] ﴿وَمَا بِكُم مِّن نِّعْمَةٍ فَمِنَ ٱللَّهِ﴾ [النحل: ٥٣] ﴿وَجَعَلَ لَكُمُ ٱلسَّمْعَ وَٱلْأَبْصَٰرَ وَٱلْأَفْـِٔدَةَ﴾ [السجدة: ٩].

٢ ـ الإنسان في الحياة أكرم مخلوقاتها: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] وكل ما في الكون مسخر له، فالناس سواسية في الانتفاع بما خلق في السماوات والأرض: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] ﴿وَسَخَّرَ لَكُمُ ٱلْفُلْكَ لِتَجْرِىَ فِى ٱلْبَحْرِ بِأَمْرِهِۦ ۖ وَسَخَّرَ لَكُمُ ٱلْأَنْهَـٰرَ ﴿٣٢﴾ وَسَخَّرَ لَكُمُ ٱلشَّمْسَ وَٱلْقَمَرَ دَآئِبَيْنِ ۖ وَسَخَّرَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ ﴿٣٣﴾﴾ [إبراهيم] ﴿سَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الحج: ٦٥] ﴿سَخَّرَ لَكُم مَّا فِى ٱلسَّمَـٰوَٰتِ﴾ [لقمان: ٢٠].

وانظر ما أروع هذا التعبير وأبعد دلالته؟!. الشمس والقمر والسماء والأرض والليل والنهار وكل ما في الحياة «مسخر» للإنسان؛ وقد قال علماء اللغة: «السخرة ما سخرت من خادم أو دابة بلا أجر ولا ثمن، وسخرته في العمل استعملته مجاناً وسخر الله الإبل ذللها وسهلها».

٣ ـ المال وسيلة لا غاية، وهو إحدى وسائل الخير في الحياة، به يتعامل الناس، ويتبادلون السلع، وينفع بعضهم بعضاً، فالمال خير إن استعمل وسيلة للخير، وإلا كان شراً يؤدي إلى ضرر الناس، أما إنه خير فذلك حين يكون وسيلة إلى التراحم، وسدِّ حاجة البائسين، وإقامة المجتمع على أسس متينة من التعاون والتساند ولهذا عبر عنه القرآن بالخير في مثل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [البقرة] قال المفسرون: إن المراد بالخير هنا هو المال، ولا مجال لإرادة شيء من لفظ «الخير» في الآية إلا المال، لأنه هو الذي يمكن الايصاء به وتقسيمه على الوالدين والأقربين. ويقول الله تعالى عن الإنسان: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴿٨﴾﴾ [العاديات]. ويقول على لسان موسى عليه السلام: ﴿إِنِّى لِمَآ أَنزَلْتَ إِلَىَّ مِنْ خَيْرٍ فَقِيرٌ﴾ [القصص: ٢٤]. وقد ذهب أكثر المفسرين إلى أن الخير المقصود هنا في الآيتين هو المال.

وحين يكون المال وسيلة للخير يرغب الإسلام فيه، ويحمد من يسعى إليه، بل يوجب طلبه والضرب في الأرض من أجله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]. ﴿وَٱبْتَغِ فِيمَآ ءَاتَىٰكَ ٱللَّهُ ٱلدَّارَ ٱلْـَٔاخِرَةَ ۖ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا ۖ﴾ [القصص: ٧٧] وفي الحديث المأثور: **«نعم المال الصالح للرجل الصالح»**.

وأما إنه شر فذاك حين يكون غاية في الحياة يقتتل الناس عليه ويركبون

الصعب والذلول في سبيله. حين يكون شهوة تذل لها أعناق الرجال، وبهذا يكون بلاء على الناس وعلى الدولة وعلى الإنسانية: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ وَٱلْقَنَٰطِيرِ ٱلْمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلْفِضَّةِ وَٱلْخَيْلِ ٱلْمُسَوَّمَةِ وَٱلْأَنْعَٰمِ وَٱلْحَرْثِ ۗ ذَٰلِكَ مَتَٰعُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾ [آل عمران: ١٤].

٤ ـ وإذا كان المال وسيلة إلى الخير كان على الناس أن يسعوا في تحصيله فالفقر مرض من الأمراض الاجتماعية، وليس قدَراً من السماء يجب أن يخضع له الإنسان من غير أن يقابله بالسعي والعمل، ولذلك جاء التعبير في الحديث عن الفقر بأروع ما يمكن أن يدل على نفرة الشريعة الإسلامية منه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**كاد الفقر أن يكون كفراً**»[1] وقد كان عليه الصلاة والسلام يستعيذ في دعائه من الفقر والجوع والعجز والكسل وغلبة الدين، كما كان يستعيذ من الصمم والبكم والجنون وسيِّئ الأسقام! وورد من دعائه عليه السلام: «**اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر**»[2] فانظر إلى أي مدى اتسعت آفاق الإسلام حتى اعتبر الفقر المحوج المذل لكرامة الإنسان، قرين الكفر وزميله في البشاعة والنتيجة وسوء الأثر..

٥ ـ إذا كان الفقر مرضاً اجتماعياً وبلاء يستعاذ منه كما يستعاذ من الأمراض الجسمية. وجب على الإنسان أن يعمل بنفسه لتحصيل قوته، وقد شرف الإسلام العمل واعتبره جهاداً، وذلك حيث يقول القرآن الكريم: ﴿فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا۟ مِن رِّزْقِهِۦ ﴾ [الملك: ١٥] ويقول عليه الصلاة والسلام: «**أفضل الكسب كسب الرجل من يده**»[3] و«**إن الله يحب العبد المحترف**»[4] ومر النبي ﷺ والصحابة برجل، فرأى الصحابة من جده ونشاطه ما أعجبهم، فقالوا: يا رسول الله لو كان هذا في سبيل الله فقال عليه السلام: «**إن كان خرج يسعى على ولده فهو في سبيل الله، وإن كان خرج يسعى على أبوين شيخين كبيرين فهو في سبيل الله، وإن كان خرج يسعى على نفسه يعفها فهو في سبيل الله**»[5] وأجر العامل يجب أن يتكافأ مع عمله وإنتاجه، فإن كان دون ذلك فهو ظلم والله لا يحب الظالمين: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ ﴾ [الأعراف: ٨٥] وقد توعد الرسول عليه السلام من غمط العامل حقه

---

(١) أخرجه أبو نعيم في الحلية.
(٢) رواه الحاكم والبيهقي.
(٣) رواه الإمام أحمد.
(٤) رواه الطبراني.
(٥) رواه الطبراني.

فلم يعطه أجره الواجب له. قال الرسول عليه السلام: **«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرّاً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى ولم يعطه أجره»**[1].

٦ ـ وإذا كان العمل واجباً وشرفاً وجهاداً، كان من واجب الدولة أن تيسر وسائله للشعب، فلا تسمح لقادر على العمل أن يكون عالة على المجتمع يعيش من صدقات الناس، وقد أخذ رسول الله على صحابته العهد أن لا يسألوا الناس شيئاً، وجاء رجل من الأنصار إلى النبي ﷺ فسأله شيئاً من المال وهو قوي معافى، فقال له الرسول: **«أما في بيتك شيء؟»** قال: بلى. حلس (كساء غليظ ممتهن) نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه من الماء. قال: **«ائتني بهما»**، فأخذهما رسول الله ﷺ بيده وقال: **«من يشتري هذين؟»** قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال رسول الله ﷺ: **«من يزيد على درهم؟»** «مرتين أو ثلاثاً» قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري، وقال: **«اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك واشتر بالآخر قدوماً فأتني به»**، فأتاه به، فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده، ثم قال: **«اذهب فاحتطب وبع لا أرينك خمسة عشر يوماً»**، ففعل، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً، فقال رسول الله ﷺ: **«هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة، إن المسألة لا تصلح إلا لثلاث: لذي فقر مدقع، أو لذي غرم مفظع، أو لذي دم موجع»**[2] فأنت ترى أن الرسول لم يعتبر مَن عنده درهمان وهو قادر على العمل، فقيراً يصح أن يكون عالة على المجتمع، كما ترى إن الرسول وهو رئيس الدولة قد أوجد بنفسه عملاً لرجل عاطل عن العمل.. وليس هذا إلا إيجاباً على الدولة أن توفر وسائل العمل لأبناء شعبها.

٧ ـ كل طريق للسعي وجمع المال حلال إلا ما كان عن ثلاث طرق: ـ ١ ـ الظلم ـ ٢ ـ الغش، فلا يباح جمع المال عن طريقهما، ولذا حرم الإسلام الربا والقمار والاحتكار والغصب والسرقة وما أشبهها لأنها ظلم، كما حرم التغرير والربح الفاحش وإخفاء العيب في السلعة، والكذب في رأس المال وغير ذلك من البيوع المحرمة لأنها غش ـ ٣ ـ الإضرار بالمجتمع، كالاتجار بالخمر، والاتجار مع العدو، والربح عن كل طريق يفسد الأخلاق العامة.

---

(١) رواه ابن ماجه. (٢) رواه الترمذي.

٨ ـ هذا المال الذي يجمعه بالسعي والعمل أمانة في يده، فمالكه الحقيقي هو الله جعله في يده ليستعمله في منفعته ومنفعة الناس «وسخره» له ليكون خادماً مذللاً للإنسان ومن يعيش معه في جوار أو بلد أو وطن أو دنيا: ﴿وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِۖ﴾ [الحديد: ٧] ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمْۚ﴾ [النور: ٣٣] ﴿وَأَمْدَدْنَٰكُم بِأَمْوَٰلٖ وَبَنِينَ﴾ [الإسراء: ٦]، فكما أن الولد أمانة في يد أبيه لا يملك منه نفسه ولا جسمه، وإنما يملك منفعته وحسن استعماله في الخير، وكذلك الأموال أمانة في أيدي الناس لا يملكون منها إلا تيسير المنافع وحسن استعمالها في وجوه الخير. نعم قد ورد في القرآن إضافة الأموال إلى الناس، وذلك في مثل قوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ [التوبة: ٤١] فهذه إضافة اختصاص بالنسبة إلى العرف والظاهر، فمن حاز المال كان في عرف الناس مالكاً له. أما في الحقيقة فيده يد أمانة، والملك لله وحده لا شريك له.

٩ ـ إذا كان المال وسيلة للخير، والمالك الحقيقي له هو الله، والإنسان مؤتمناً عليه ينفقه فيما ينفعه وينفع الناس، كان الإنسان بالنسبة لما في يده من الأموال كالموظف بالنسبة إلى ما في يده من مال الدولة، لا يجوز له أن يجور على الشعب ليملأ خزانة الدولة، ولا أن يجور على الدولة ليملأ جيوب الناس، وكذلك الإنسان لا يجوز له أن يبخل على نفسه فيحرمها ما تحتاج إليه من أكل ولباس ونفقة، ولا أن يسرف في الإنفاق فيبدد الأموال على ملذاته وشهواته، بل يجب عليه أن ينفق بالمعروف لا سرف ولا تقتير: ﴿وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ وَلَا تُسْرِفُوٓاْۚ﴾ [الأعراف: ٣١] ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومٗا مَّحْسُورًا ﴿٢٩﴾﴾ [الإسراء] وهكذا يقرر الإسلام بأجلى بيان: «**إن الملك وظيفة اجتماعية**».

١٠ ـ وإذا كان الملك وظيفة اجتماعية، كان التبذير والترف محل نقمة الإسلام وكرهه، لما ينشأ عن ذلك من تفاوت بين طبقات المجتمع، تفاوتاً يثير الكراهية والحقد في نفوس الذين لا يجدون سعة من المال ينفقون ويتنعمون ولما ينشأ عن ذلك من فساد أخلاق المترفين وإشاعة الفاحشة والفساد في المجتمع، وما تزال الطبقة المترفة في كل أمة مبعث التحلل الخلقي، وحجر عثرة في سبيل كل دعوة إصلاحية تتوخى إنقاذ المجتمع من بؤسه وانحطاطه وتأخره.. وقد تحدث القرآن عن هذه الطبقة ـ طبقة المترفين المسرفين ـ بما يثير النقمة عليها ويدل على

مزيد كراهيته له، فهو يخبر أنها عدوة لكل إصلاح، محاربة لكل نبي وداعية ومصلح، تعتمد في محاربتها للإصلاح على أموالها، وأعوانها: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا فِي قَرْيَةٍ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَآ إِنَّا بِمَآ أُرْسِلْتُم بِهِۦ كَٰفِرُونَ ﴿٣٤﴾ وَقَالُوا۟ نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَٰلًا وَأَوْلَٰدًا وَمَا نَحْنُ بِمُعَذَّبِينَ ﴿٣٥﴾﴾ [سبأ] ويصف المترفين بالظالمين وبالمجرمين ﴿وَٱتَّبَعَ ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ مَآ أُتْرِفُوا۟ فِيهِ وَكَانُوا۟ مُجْرِمِينَ﴾ [هود: ١١٦] ويتحدث عنهم بأنهم سبب هلاك الأمة ومبعث خراب الديار والأوطان ﴿وَإِذَآ أَرَدْنَآ أَن نُّهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا۟ فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا ٱلْقَوْلُ فَدَمَّرْنَٰهَا تَدْمِيرًا ﴿١٦﴾﴾ [الإسراء] ويصف ما أعد لها في الآخرة من عذاب أليم ﴿وَأَصْحَٰبُ ٱلشِّمَالِ مَآ أَصْحَٰبُ ٱلشِّمَالِ ﴿٤١﴾ فِى سَمُومٍ وَحَمِيمٍ ﴿٤٢﴾ وَظِلٍّ مِّن يَحْمُومٍ ﴿٤٣﴾ لَّا بَارِدٍ وَلَا كَرِيمٍ ﴿٤٤﴾ إِنَّهُمْ كَانُوا۟ قَبْلَ ذَٰلِكَ مُتْرَفِينَ ﴿٤٥﴾﴾ [الواقعة] وأخيراً فهو ينهانا عن إطاعتهم لأنهم مفسدون في الأرض ﴿وَلَا تُطِيعُوٓا۟ أَمْرَ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴿١٥١﴾ ٱلَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ ﴿١٥٢﴾﴾ [الشعراء].

١١ ـ ولا شك أن التبذير والترف ناشئان من تكدس الأموال وتجمعها في أيد قليلة.. ولذلك كره الإسلام تجمع الثروة في أيد محدودة، وذلك حيث يأمر الله بقسمة الغنائم على المحتاجين ثم يتبع ذلك بقوله: ﴿كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧] ولقد جرى الخلاف بين عمر والصحابة في تقسيم أراضي العراق ومصر والشام على الفاتحين، وكان رأي عمر عدم تقسيمها ووافقه بعض الصحابة، منهم معاذ الذي قال لعمر: «إنك إن قسمتها صار الريع العظيم في أيدي هؤلاء القوم، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسداً ـ أي يقومون بخدمة الإسلام ويدافعون عنه ـ وهم لا يجدون شيئاً»[1] فهذا إنكار من معاذ أن تحصر الثروة والأرض في يد معينة بينما يحرم منها الجمهور، وما كان لمعاذ أن ينكر ذلك لولا قول الله تعالى: ﴿كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾.

١٢ ـ ولما كان التملك وظيفة اجتماعية، وكان التبذير والسرف ضاراً بمصلحة الجماعة، فقد أوجب الإسلام على الحكومة أن تتدخل لتحول دون تبديد الثروات في الإثم أو فيما لا يفيد، ذلك أن الحكومة في المجتمع المتمدن بمثابة الأب في العائلة تقوّم خطأ المعوج، وتسدد خطى السائرين، وتأخذ على أيدي العابثين، والأموال في أيدي الناس هي أشد ما تلعب به الأهواء، فالإنسان يحب

---

(١) كتاب الأموال لأبي عبيد: ٥٩/١.

الاستئثار، ويذكر نفسه أكثر من غيره، ويطالب غيره بالذي له أكثر مما يطالب نفسه بالذي عليه، لاجرم أن كان من الواجب أن تشرف الحكومة على تصرف الناس بأموالهم، ولا تتدخل في تصرفاتهم ما داموا على سنن الخير واستقامة الطريق، فإذا انحرفوا وقفت في وجههم لتردهم إلى الجادة وتمنعهم من الضلال.. ومن هنا كان مبدأ **«الحجر على السفيه»** في الإسلام، وهو ما أشار إليه القرآن الكريم بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥] وانظر ما أروع هذا التعبير وأبعد دلالته! أضاف أموال السفهاء إلى المجموع لا إلى السفهاء، ثم جعل الإشراف عليه عائداً إلى مجموع الشعب، إشعاراً بأن الثروات الخاصة في أيدي الأفراد، هي في الحقيقة مشتركة المنفعة بين الناس جميعاً، فإذا أساء أحدهم التصرف بما في يده من مال، كان من حق المجتمع أن يحول بينه وبين التصرف بالمال لأنه مال المجموع.. والحكومة وهي التي تمثل الشعب، تتدخل عندئذ فتشرف على هؤلاء وتقوم على شؤونهم بالوصاية، والسفيه هو الذي لا يميز بين الضارّ والنافع كالصبي والمجنون والمعتوه، وهو أيضاً الذي يتصرف في الأموال بما لا تقتضيه معيشته كإنسان وحياته كمواطن، فكما يجب على الحكومة أن تصون أموال الصبيان والمجانين والمعتوهين من الضياع، يجب عليها أن تصون أموال المسرفين والمبذرين من الضياع أيضاً، لأن السرف تجاوز الحد، ومن جاوز حد التصرف في غير ما تقتضيه مصلحته كان كالصبي والمعتوه من حيث لا يميز بين الضارّ والنافع، هذا ومبدأ الحجر على السفهاء متفق عليه في جميع المذاهب الإسلامية[(١)].

١٣ ـ إذا جمع المال من طريق حلال، وأنفق منه بالاعتدال كان ما بقي منه في يده مصوناً تحميه الدولة وقوانينها، وعلى المجتمع أن يحترم حيازته له، فلا يحل لأحد أن يأخذ منه إلا برضى وطيب نفس: **«كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»**[(٢)]. ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ومن أجل ذلك وضعت في الشريعة عقوبات السرقة والغصب وسائر أنواع العدوان.

١٤ ـ وإذا مر على بدء حيازته للمال عام كامل وفضل منه مازاد على نفقته وضرورات معاشه، وجب عليه أن يخرج منه مقداراً معيناً يسمى «الزكاة» هو في

---

(١) وقد فصلنا أحكامه في الجزء الأول من هذا الكتاب.

(٢) رواه مسلم.

الأموال النقدية اثنان ونصف بالمائة، تدفع لسد حاجات الطبقات العاجزة عن العمل، من إطعام وإيواء وغير ذلك من المشاريع التي تحقق العدالة الاجتماعية وترفع مستوى الشعب، وتقوم فكرة «الزكاة» على أن كل الناس ليسوا قادرين على العمل، وليس كل القادرين على العمل يجدون عملاً، وليس كل الذين يجدون عملاً يستطيعون أن يعيشوا بأجر ما يعملون، لاجرم أن كان في الأموال الموجودة بأيدي الناس الفائضة عن نفقاتهم وحاجاتهم الضرورية، حق معلوم لمثل هؤلاء: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴿٢٥﴾﴾ [المعارج] يدفعه كل من مَلَكَ نصاباً معيناً، فإن امتنع أخذته الدولة قهراً عنه، ولها في رأي بعض الأئمة أن تعاقبه على هذا الامتناع بأن تأخذ حق الزكاة وتأخذ معه شطراً من ماله، عملاً بما رواه أبو داود والنسائي عن الرسول ﷺ أنه قال عن الزكاة: **«من أعطاها مؤتجراً فله أجرها، ومن أباها فإني آخذها وشطر ماله»**.. لأن نعمة الاشتراك في الحياة الكريمة يجب أن يتساوى فيها الناس، ما دام الله قد أثبت هذه الكرامة للإنسان، ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] وما دام الله قد خلق السماوات والأرض وذلل الشمس والقمر والأنهار والبحار لتحقيق هذه الكرامة الإنسانية للناس جميعاً.

وقد بين القرآن مصارف الزكاة في الآية الكريمة: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [التوبة: ٦٠].

واختلف العلماء في التفرقة بين الفقير والمسكين: هل هما صنف واحد أم أن أحدهما أسوأ من الآخر؟ وقد يكون أقرب التفاسير في رأيي إلى الصواب وإلى روح اللغة وحكمة التشريع، أن الفقير هو الذي يستطيع العمل ولكنه لا يجده، أو يجده ولكن ما يأخذه من الأجر لا يكفيه لنفقة عياله، أما المسكين فهو العاجز عن العمل كالأعمى والمقعد والمشلول وغيرهم.

أما تفسير ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ فهو كل مشروع عام النفع تعود فائدته للفقراء وللناس جميعاً كالمستشفيات والمدارس والملاجئ والمياتم.. وهذا ما اعتقد أنه التفسير الذي يتفق مع حكمة التشريع وروح الشريعة، وهو المأثور عن أنس بن مالك والحسن البصري.

١٥ ـ ليس نصيب الزكاة هو كل ما في المال من حق لتأمين العدالة

الاجتماعية في المجتمع، بل هو الحد الأدنى الذي لا يجوز إمساكه، فإذا تحقق للدولة أن أموال الزكاة لا تكفي لسد حاجات الطبقات الفقيرة في المجتمع، جاز لها أن تأخذ من أموال الناس بمقدار ما تندفع به الحاجة، ويرتفع به مستوى تلك الطبقات، والأصل في ذلك ما رواه الطبراني عن علي رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع أغنياؤهم: ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ويعذبهم عذاباً أليماً»**.

وإليك ما قاله ابن حزم في المحلى في هذا الموضوع، فإنه من أروع ما أثر عن السلف في فهم نصوص الإسلام وتطبيقها بما يحقق العدالة الاجتماعية:

[وفرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين بهم، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك، وبمسكن يكنهم من المطر والشمس وعيون المارة.

برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الإسراء: ٢٦] وقال تعالى: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْجَارِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْجَارِ ٱلْجُنُبِ وَٱلصَّاحِبِ بِٱلْجَنۢبِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣٦] فأوجب تعالى حق المساكين وابن السبيل مع حق ذي القربى، وافترض الإحسان إلى الأبوين وذي القربى والمساكين والجار وما ملكت اليمين، والإحسان يقتضي كل ما ذكرناه (من وجوب تأمين القوت واللباس والمسكن للفقراء) ومنعه إساءة بلا شك.

وقال تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِى سَقَرَ ﴿٤٢﴾ قَالُوا۟ لَمْ نَكُ مِنَ ٱلْمُصَلِّينَ ﴿٤٣﴾ وَلَمْ نَكُ نُطْعِمُ ٱلْمِسْكِينَ ﴿٤٤﴾﴾ [المدثر] فقرن الله تعالى إطعام المساكين بوجوب الصلاة.

وعن رسول الله ﷺ من طرق كثيرة في غاية الصحة أنه قال: **«من لا يرحم الناس لا يرحمه الله»** ومن كان على فضلة ورأى المسلم أخاه جائعاً عريان ضائعاً فلم يغثه، فما رحمه بلا شك.

وعن عبد الرحمٰن بن أبي بكر الصديق: أن أصحاب الصُفَّة كانوا أناساً فقراء وأن رسول الله ﷺ قال: **«من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث؛ ومن كان عنده طعام أربعة فليذهب بخامس أو سادس أو كما قال»** فهذا هو نفس قولنا.

وعن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه**» ومن تركه يجوع ويعرى وهو قادر على إطعامه وكسوته فقد أسلمه.

وعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «**من كان معه فضل ظهر فليعُد به على من لا ظهر له** (أي من كان معه دابة زائدة عن حاجته فليعطها لمن ليس له دابة) **ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له**. ثم ذكر رسول الله ﷺ من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل» وهذا إجماع الصحابة رضي الله عنهم يخبر بذلك أبو سعيد، وبكل ما في هذا الخبر نقول، ومن طريق أبي موسى عن النبي ﷺ: «**أطعموا الجائع وفكوا العاني (الأسير)**» والنصوص من القرآن والأحاديث الصحاح في هذا تكثر جداً، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «**لو استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء فقسمتها على فقراء المهاجرين**» وإسناد هذا القول إلى عمر بن الخطاب في غاية الصحة والجلالة.

وبعد أن ذكر ابن حزم الحديث الذي ذكرناه سابقاً وهو: أن الله فرض من الأغنياء في أموالهم... إلخ موقوفاً على علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: وعن ابن عمر أنه قال: **في مالكَ حق سوى الزكاة**، وعن عائشة أم المؤمنين والحسن بن علي وابن عمر أنهم قالوا كلهم لمن سألهم: **إن كنت تسأل في دم موجع أو غرم مفظع، أو فقر مدقع فقد وجب حقك** وصح عن أبي عبيدة ابن الجراح وثلاثمائة من الصحابة رضي الله عنهم **أن زادهم فني، فأمرهم أبو عبيدة فجمعوا أزوادهم في مزودين وجعل يقوتهم إياها على السواء** فهذا إجماع مقطوع به من الصحابة رضي الله عنهم لا مخالف لهم فيه.

وصح عن الشعبي ومجاهد وطاووس وغيرهم، كلهم يقول: **في المال حق سوى الزكاة**.

وبعد أن ناقش ابن حزم ما روي عن الضحاك بن مزاحم من إنكاره أن يكون في المال حق سوى الزكاة قال: من عطش فخاف الموت ففرض عليه أن يأخذ المال حيث وجده، وأن يقاتل عليه، ولا يحل لمسلم اضطر، أن يأكل ميتة أو لحم خنزير وهو يجد طعاماً فيه فضل عن صاحبه، لمسلم أو ذمي **لأن فرضاً على صاحب الطعام إطعام الجائع، فإذا كان ذلك كذلك فليس بمضطر إلى الميتة ولا**

لحم الخنزير وله أن يقاتل عن ذلك، فإن قتل (الجائع) فعلى قاتله القود «أي قصاص» وإن قتل المانع فإلى لعنة الله لأنه منع حقاً؛ وهو طائفة باغية، قال تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحجرات: ٩] **ومانع الحق باغ على أخيه الذي له الحق،** وبهذا قاتل أبو بكر الصديق رضي الله عنه مانع الزكاة] اهـ[١].

١٦ ـ إذا احتاجت الدولة إلى أموال لتجهيز جيشها والإنفاق على وسائل الدفاع والمصالح العامة، وليس في خزانتها ما يكفي لسد هذه النفقات، كان لها أن تأخذ من أموال الناس ما تحتاج إليه، ولو استغرق أموالهم كلها. . . شريطة أن ينفق في مواضعه، وأن يكون على قدر الحاجة لا شطط ولا زيادة، وقد ذكر الإمام الشاطبي أنه إذا خلا بيت المال أو ارتفعت حاجات الجند وليس فيه ما يكفيهم، فللإمام أن يفرض على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في المال، إلى أن يظهر مال في بيت المال، وذلك لأن الإمام العادل لو لم يفعل لبطلت شوكته، وصارت الديار عرضة للفتن، وعرضة للاستيلاء عليها من الطامعين فيها، ولا يصح أن يكون ما يأخذه الإمام من الأغنياء حينئذ قرضاً يلزمه رده إليهم، فإن الاستقراض في الأزمات إنما يكون حيث يرجى لبيت المال دخل ينتظر، وأما إذا لم ينتظر شيء وضعفت وجوه الدخل (أي الواردات العامة) بحيث لا يغني، فلا بد من جريان حكم التوظيف (أي الفرض على الأغنياء)[٢].

١٧ ـ وليس هذا فحسب، بل رغب الإسلام من المسلم أن تنبسط يده دائماً في الخير: ﴿ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمۡوَٰلَهُم بِٱلَّيۡلِ وَٱلنَّهَارِ سِرّٗا وَعَلَانِيَةٗ فَلَهُمۡ أَجۡرُهُمۡ عِندَ رَبِّهِمۡ وَلَا خَوۡفٌ عَلَيۡهِمۡ وَلَا هُمۡ يَحۡزَنُونَ ٢٧٤﴾ [البقرة] ﴿مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمۡوَٰلَهُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتۡ سَبۡعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنۢبُلَةٖ مِّاْئَةُ حَبَّةٖۗ وَٱللَّهُ يُضَٰعِفُ لِمَن يَشَآءُۚ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ ٢٦١﴾ [البقرة].

١٨ ـ وأهم ما رغَّب فيه الإسلام من الإنفاق على وجوه الخير، الوقف على المشاريع العامة. أخرج البخاري ومسلم وغيرهما: أن عمر رضي الله عنه أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ قال: «**إن شئت حبست أصلها** (أي وقفت أصلها)

---

(١) كلام ابن حزم باختصار بسيط من الجزء السادس صحيفة ١٥٦ ـ ١٥٩.

(٢) الاعتصام: ٢/ ٩٨.

وتصدقت بها» فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث، **في الفقراء** وذوي القربى والضعيف وابن السبيل. . وقال عليه الصلاة والسلام: **«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»**[1].

١٩ ـ هذا المال الذي جمع من طريق لاظلم فيه ولا غش، وأنفق منه صاحبه على نفسه وأهله بالمعروف، وأدى منه حق المجتمع وحق العدالة، وبقيت منه بقية ثم مات وهي في حيازته، وجعلها الإسلام مقسمة بين ورثته على أكبر عدد من أقربائه، وبذلك تتفتت الثروة منها كانت ضخمة، وتتوزع بين أيدي الأفراد على النظام المعروف في الإسلام.

٢٠ ـ فإذا مات من غير وارث أصلاً، كان ماله لبيت مال الدولة، ينفق على وجوه الخير كما تنفق الواردات العامة، لأن الدولة هي التي تكلف بالإنفاق عليه لو كان فقيراً حال الحياة، فإذا مات من غير وارث أخذت الدولة ماله بناء على القاعدة العامة **«الغرم بالغنم»**.

أين الظلم في هذا النظام؟

فأي ظلم في هذه الحالة؟ وأية حقوق للشعب وللطبقات الفقيرة قد بقيت عند مثل هذا الرجل في نظام الإسلام؟.

الحق أن الإرث ضمن هذا النظام وهذه المبادئ العامة التي أسلفنا الحديث عنها بإيجاز، أمر طبيعي موافق للفطرة ولمبادئ العدالة ولطبيعة الأشياء ومنطق الواقع.

مناقشة المعترضين على الإرث

أما أن يقال: ما ذنب الولد الفقير الذي لم يكن لأبيه مال يورثه له؟. فالجواب أن نسألهم: ما ذنب الذي ولد قصيراً أو هزيلاً؟ وما ذنب الذي ولد أعرج أو أعمى؟ بل ما ذنب البله الذين يخلقون في نقص من العقل والإدراك؟

إن الحياة لم تسو بين الناس في مواهبهم وألوانهم وعقولهم، وهذا التباين

---

(١) رواه مسلم وغيره.

هو ـ في المجتمع العادل والنظام العادل ـ أهم أسباب التفاوت بين الناس في الثروة والمال، وما دام الآباء يورثون أبناءهم خصائصهم وألوانهم ومواهبهم فلماذا نستغرب أن يورثون ثمرة هذه الخصائص وهي المال؟!.

ونحن نرى في المجتمعات الاشتراكية التي تنكر حق التملك الفردي، تمنح الطبقات المفكرة كالعلماء والأطباء والمخترعين والفنانين، امتيازات لا تمنحها لغيرهم من ذوي المواهب المحدودة من العمال والفلاحين؛ فهل لنا أن نقول: لماذا هذا التفاوت في معاملة أبناء الشعب؟ ولماذا لا تمنح بقية أبناء الشعب ما تمنح الموهوبين من امتيازات؟ وما ذنب عامة الشعب الذين لم يمنحوا مواهب الممتازين؟؟..

إن الشيء الذي يجب أن يستنكر حقيقة، هو ترك الولد الفقير من غير رعاية ولا نفقة ولا تربية، بينما يتوفر للولد الغني كل ذلك، وهذا مما يتنافى مع العدالة ومع تكافؤ الفرص. ونظام الإسلام قد كفل الولد الفقير منذ ولادته بإلزام أقربائه الموسرين الإنفاق عليه، والقيام بكل ما تقتضيه مصالحه من تربية وتعليم، فإن لم يكن له أقرباء موسرون، أوجب على الدولة أن تقوم بذلك، فالعناية بالولد الفقير ـ في نظام الإسلام ـ تجعله متساوياً مع الغني من حيث توفر العناية اللازمة بحياته وتربيته، فلا يضيره بعد ذلك أن يزيد عليه الولد الغني بما ورثه عن أبيه من مال، ما دامت الحياة الكريمة متوفرة له كالولد الغني.

أما أن يقال إنه مال جمع من حرام، وليس نتيجة العمل المشروع، وهو حق الطبقات الفقيرة، فقد علمتم أن هذا لا يرد في نظام الإسلام، وأن المال الذي يورث في الإسلام إنما هو الحلال الذي لا يتعلق به حق فرد ولا شعب ولا دولة، فأين الظلم وأين تعلق الحقوق بهذا المال؟ وإذا كانت أوضاعنا الاجتماعية لا تسير وفق منهج الإسلام؛ وإذا كان أكثر الأغنياء الآن يظلمون الشعب ويأكلون حقوقه ثم يورثون لأبنائهم ما جمعوه من حرام، فليس هذا ذنب الإسلام، وإنما هو ذنب النظام الاجتماعي الفاسد الذي نعيش فيه، والذي ينحرف انحرافاً تاماً عن مبادئ الإسلام وأهدافه.

وحسبكم أن تعلموا أن الإسلام يوجب الحجر على من يبذرون أموالهم المجموعة من طريق الحلال، ولا يسمح بأن تنشأ في المجتمع طبقة من الرأسمالية الظالمة الباغية، ولذلك حرم كل ما يؤدي إلى نشوء هذه الطبقة، وأن الإسلام

يوجب على الدولة أن تأخذ الزكاة بالقوة ممن منعها عن أصحابها، وأن النبي ﷺ همّ بعقوبة مانعي الزكاة بأن يأخذ شطر أموالهم، وأن الإسلام يجعل للدولة حقاً في أن تأخذ من أموال الأغنياء ما تندفع به حاجة الفقراء ويرتفع به مستواهم، حسبكم أن تعلموا هذا لتتأكدوا من أن هذه المظالم الاجتماعية لا يقف الإسلام إزاءها مكتوف اليدين، بل وضع لها العلاج الكافي لمنعها، فما على الذين تتلوى نفوسهم من الألم على وضع الطبقات البائسة، والذين تنفطر مرائرهم لمظاهر التفاوت الفاحش في الثروات في مجتمعنا، ولمظاهر الترف والمجون التي يغرق فيها أكثر أغنيائنا، ما على هؤلاء إلا أن يطالبوا بإقامة حكم الإسلام وتطبيق نظامه في العمل والكسب وجمع المال، فذلك أجدى وأقوم وأقرب للإصلاح سبيلا.

الشيوعية تسمح بالإرث:

هذا ولا بد من الإشارة إلى أن النظام الاشتراكي الشيوعي الذي تمنع أصوله ـ كما وضعها كارل ماركس ـ التملك الفردي وحق الإرث، قد عدل أخيراً عن هذا المبدأ، استجابة لنوازع الفطرة، ونزولاً عند حكم الواقع الذي لا مجال لنكرانه، فأباح التملك الفردي ضمن نطاق محدود، كما أباح إرث هذه الملكية الفردية المحدودة.

وإليكم ما ورد في الدستور السوفياتي من النسخة العربية المطبوعة في موسكو عام ١٩٤٣ نقلا عن النسخة الروسية المطبوعة في موسكو عام ١٩٤١.

المادة ٨ ـ لكل عائلة من عوائل المزرعة التعاونية بالإضافة إلى دخلها الأساسي الذي يأتيها من اقتصاد المزرعة التعاونية المشترك قطعة من الأرض خاصة بها، وملحقة بمحل السكن، ولها في هذه الأرض اقتصاد إضافي ومنزل للسكنى وماشية منتجة وطيور وأدوات زراعية بسيطة كملكية خاصة.

المادة ٩ ـ إلى جانب النظام الاقتصادي والاشتراكي الذي هو الشكل السائد في اقتصاد الاتحاد السوفياتي يسمح القانون بالمشاريع الاقتصادية الصغيرة الخاصة بالفلاحين الفرديين وبالحرفيين، على أن تقوم على عملهم الشخصي، ويشترط أن لا يستثمروا فيها جهود الآخرين.

المادة ١٠ ـ أن حق الملكية الشخصية للمواطنين في دخلهم وتوفيرهم الناجمين عن عملهم وفي مساكنهم واقتصاديات بيتهم الإضافية وفي الحاجيات

والأدوات المنزلية وفي الأشياء ذات الاستعمال الشخصي والراحة، وكذلك حقهم في إرث الملكية الشخصية حق مصون بموجب القانون.

وبهذا نعلم أن حق الإرث أصبح معترفاً به في جميع المذاهب الاجتماعية الحديثة حتى في الشيوعية، وإن كانت حدوده مختلفة باختلاف المبادئ الأساسية لهذه النظم، فلا مجال للاعتراض على مبدأ مشروعية الإرث في الإسلام، وهو الذي يقول بالملكية الشخصية ضمن المبادئ العامة التي تحدثنا عنها آنفاً.

ب ـ ملاحظات

قبل أن نذكر أحكام الإرث نحب أن نذكر الملاحظات التالية:

١ ـ أن الإسلام وقف موقفاً وسطاً بين الاشتراكية الشيوعية، وبين الرأسمالية والمذاهب التي تقول بالحرية الشخصية في التملك، فالاشتراكية الشيوعية في أصولها الأولى ـ من عهد كارل ماركس ـ تنكر مبدأ الإرث وتعتبره ظلماً يتنافى مع مبادئ العدالة، فلا تعطي أبناء الميت وأقرباءه شيئاً مطلقاً، والرأسمالية وما يشابهها من المذاهب الاقتصادية، تترك الحرية للرجل يتصرف بماله كيف شاء، فله أن يحرم أقرباءه كلهم من ميراثه، ويوصي به إلى غريب من صديق أو خادم، وكثيراً ما رأيناهم في أمريكا يوصون بثرواتهم إلى كلب أو قطة أو ما أشبه هذه الوصايا الغريبة.

أما الإسلام فقد أعطى للرجل الحرية في أن يتصرف في ثلث ماله فقط، يوصي به إلى من يشاء على أن يكون لجهة خير أو لمن ينتفعون بالوصية، ولا تجوز الوصية إلى جهة محرمة، ولا إلى مثل الكلب والقط والفرس وغيرها، أما الثلثان الآخران فهما لأقربائه أو من تصلهم به صلة قوية كالزوجية والإعتاق، وهو حق طبيعي لهم لا يملك المورث التصرف فيه ولا منعهم منه.

٢ ـ أن الإرث إجباري في الإسلام بالنسبة إلى الوارث والمورِّث، فلا يملك المورث أن يمنع أحد ورثته من الإرث كما تقدم، والوارث يملك نصيبه جبراً من غير اختيار منه ولا حكم قاض، فليس له أن يرد إرثه من الميت كما يملك ذلك بالنسبة إلى الوصية أو الهبة أو غيرهما.

والقانون الفرنسي لا يثبت الإرث في بعض الحالات إلا بعد حكم القضاء، فهو اختياري عندهم لا إجباري.

٣ ـ أن الإسلام جعل الميراث في دائرة الأسرة لا يتعداها، فلا بد من نسب

صحيح أو زوجية ـ والولاء يشبه صلة النسب فكان ملحقاً به ـ وبذلك لا يرث الولد المتبنى، ولا المولود من نكاح باطل أو فاسد، وفي دائرة الأسرة يفضل الإسلام ـ في مقدار السهام ـ الأقرب فالأقرب إلى المتوفى، ممن يعتبر شخصه امتداداً في الوجود لشخص الميِّت كالأولاد والأب مثلاً، فإن الأولاد أقرب إلى الميت، لأن امتداد شخصيته بوجودهم أكثر من امتدادها بوجود الأب، وهكذا بالنسبة إلى درجات القرابة.

٤ ـ أنه قدر نصيب الوارثين بالفروض ـ ما عدا العصبات ـ كالربع والثمن والسدس والنصف ـ ولا مثيل لهذا في الشرائع القديمة والحديثة، بل هو نظام الإسلام الدقيق الذي تفرد به عن غيره من الشرائع.

٥ ـ أن توزيع الإرث بالسهام المقدرة يؤدي إلى تفتيت الثروة وتوزيعها، وفي ذلك تقليص لظل الرأسمالية في المجتمع، مهما كانت كبيرة واسعة، وإذا أضفت إلى ذلك ما قدمناه لك من نظام المال في الإسلام، أيقنت أن الإسلام وضع الأسس الصحيحة للقضاء على الرأسمالية الكبيرة القائمة على الأثرة والاستبداد.

٦ ـ أنه جعل للولد الصغير نصيباً من ميراث أبيه يساوي نصيب الكبير فلا يفرق الإسلام بين الحمل في بطن الأم وبين الولد الكبير في العائلة الكبيرة، كما لا يميز الإسلام بين البكر وغيره من الأولاد، لأن الصغار قد يكونون أحوج إلى المال ليصونوا حياتهم ويؤمنوا معيشتهم، من إخوتهم الكبار الذين يكونون قد عملوا لمعيشتهم، وجمعوا لأنفسهم ثروة خاصة بهم مستقلة عن ثروة أبيهم.

٧ ـ أنه جعل للمرأة نصيباً من الإرث، فالأم والزوجة والبنت وبنت الابن والأخت وأمثالهن، كل هؤلاء لهن نصيب معين من مال الميت، يضمن لهن حياة مصونة من مذلة العيش وهوان الفاقة.

٨ ـ أنه جعل للزوجة نصيباً من الميراث. واعتبر الصلة بالزوجية، كالصلة بالقرابة، وفي ذلك احترام للرابطة الزوجية، وتقدير لآثارها الروحية والنفسية والاجتماعية.

٩ ـ أنه جعل الحاجة أساس التفاضل في الميراث، فالأبناء أحوج إلى مال الميت من أبيه، لأن جدهم في نهاية عمره لا ترهقه مطالب الحياة كما ترهق الشباب في مستقبل أعمارهم.

ومن ذلك جعل نصيب البنت نصف نصيب الولد الذكر، فإن مطالب الابن في الحياة وفي نظام الإسلام نفسه أكثر من مطالب أخته، فهو الذي يكلف بإعالة نفسه متى بلغ سن الرشد ولو كان أبوه غنياً واسع الثراء، وهو المكلف بدفع المهر لزوجته، ونفقة الزوجية، ونفقة الأولاد من تعليم وتطبيب وكساء وغير ذلك، ثم هو المكلف بإعالة أبيه أو أقربائه إذا كانوا فقراء، أما البنت فلا تكلف في الحياة بعضاً مما يكلف به أخوها، فهي ما دامت في بيت أبيها كانت نفقتها على أبيها، فإذا انتقلت إلى بيت الزوجية، كانت نفقتها على الزوج، فإذا فارقت الزوج بطلاق أو موت، انتقل واجب الإنفاق عليها إلى أبيها، ثم إلى من بعده بحسب الترتيب الوارد في نظام النفقات، وهكذا لا تجد المرأة نفسها في حاجة إلى المال في نظام الإسلام، فما تأخذ من نصيبها في الميراث ومهرها من الزوج، يكون مالاً محفوظاً لا يتعرض للنقصان إلا في الحالات الاضطرارية وبذلك كان طبيعياً أن تأخذ نصف نصيب الرجل، بل إن في إعطائها هذه النسبة ـ وهي لا تكلف بتكاليف مالية ـ محاباة لها على الرجل، يقصد الإسلام من وراء ذلك إكرامها وإعزازها والاحتياط في صيانتها من الفاقة والحرمان.

ج ـ مكانة علم المواريث

تعريف هذا العلم

المواريث جمع ميراث، ويقال تراث وإرث، وهو اسم لما يورث عن الميت، مأخوذ من قولهم: «ورث فلان غيره» إذا ناله شيء من تركته، أو خلفه في أمر من الأمور بعد وفاته، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مِيرَاثُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِۗ﴾ [آل عمران: ١٨٠] ولا شك أن الوارث يخلف المتوفى في ملك أمواله.

ويقال لهذا العلم أيضاً: «علم الفرائض» وهو جمع فريضة، بمعنى مفروضة، من الفرض والتقدير، وذلك أن أنصباء الورثة مقدرة من قبل الشارع، لكل واحد نصيب معلوم، ويسمى العالم بها «فرضياً وفارضاً».

ويعرفه الفقهاء بأنه **«علم بقواعد فقهية وحسابية يعرف بها نصيب كل واحد من التركة»**.

مكانته في الشريعة:

تحتل أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية مكاناً بارزاً، لأنها جزء كبير من نظام الإسلام في المال، وقد حرص الإسلام أن يوضح الحقوق المتعلقة بمال الإنسان بعد وفاته، ويذكر من يستحق الميراث ومن يحرمه، ونصيب كل من الوارثين، وهو نظام دقيق اختلفت فيه أنظار الشرائع قديماً وحديثاً، ولذلك لم يفصل القرآن في ناحية من نواحي التشريع كما فصل في أحكام المواريث، وتكاد تكون الكثرة الغالبة من أحكامه واردة في القرآن الكريم.

ومن أجل ذلك ورد عن النبي ﷺ الحث على تعلمه وتعليمه للناس. فمن ذلك قوله: **«تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنها نصف العلم؛ وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي»**(١) وقوله: **«تعلموا القرآن وعلموه الناس، وتعلموا**

(١) رواه ابن ماجه والدارقطني.

الفرائض وعلموها، فإني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع، ويوشك أن يختلف اثنان في الفريضة والمسألة، فلا يجدان أحداً يخبرهما»[1] وقال عمر رضي الله عنه: «**تعلموا الفرائض فإنها من دينكم**» وقد اشتهر بعض الصحابة بمعرفة أحكامه، وأشار عليه السلام إلى بعضهم، كزيد بن ثابت الذي قال فيه: «**وأعلمها ـ أي أمتي ـ بالفرائض زيد بن ثابت**»[2] ومنهم عبد الله بن مسعود، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس.

عناية الفقهاء به:

ثم تتابعت عناية الفقهاء به في مختلف العصور، فمن علماء التابعين، الفقهاء السبعة[3]، ثم سعيد بن جبير وعبيدة السلماني، ثم من بعدهم قبيصة بن ذؤيب وأبو الزناد، حتى جاء عصر الأئمة المجتهدين فتوسعوا في أبحاثه. ووطدوا أصوله وفرعوا فروعه، وهو من أبواب كتب الفقه، ويذكر غالباً في آخر مباحثه. ومن العلماء من أفرده بالتصنيف، ومن أشهر المؤلفات المتأخرة فيه، «متن السراجية» لسراج الدين محمد بن محمود السجاوندي الحنفي (من علماء القرن السابع الهجري) ومن أشهر شروحه شرح السيد الشريف الجرجاني المتوفى ٨١٤هـ. وهو كتاب متداول بين الأيدي، ويعتبر من المراجع الموثوقة في علم المواريث.

---

(١) رواه الإمام أحمد والنسائي والدارقطني.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي.

(٣) وهم سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وخارجة بن زيد، وأبو بكر بن حارث بن هشام، وسليمان بن يسار، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود.

د ـ أصول علم المواريث

يستمد هذا العلم مبادئه وأحكامه من أربعة مصادر رئيسية، وهي القرآن والسنة والإجماع واجتهاد الصحابة، وفيما يلي آيات المواريث في القرآن، وأهم الأحاديث التي استمد منها علم المواريث أحكامه، لتكون على ذكر منها حين البحث في أنصباء الورثة تفصيلاً:

أ ـ آيات القرآن الكريم

من سورة النساء:

﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴿٧﴾ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُو۟لُوا۟ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا۟ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴿٨﴾﴾.

﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ءَابَآؤُكُمْ وَأَبْنَآؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١١﴾﴾.

﴿۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٢﴾﴾.

﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ۚ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ۗ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (١٧٦)﴾.

من سورة الأنفال:

﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِن بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَٰئِكَ مِنكُمْ ۚ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (٧٥)﴾.

ب ـ من أحاديث المواريث[1]

عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «**ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر**».

(رواه البخاري ومسلم)

عن جابر قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع، إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد، فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك في أُحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ولا تنكحان إلا بمال، فقال: «**يقضي الله في ذلك**»، فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: «**أعط ابنتي سعد الثلثين، وأُمهما الثمن، وما بقي فهو لك**».

(رواه الخمسة إلا النسائي)

عن زيد بن ثابت أنه سئل عن زوج وأخت لأبوين، فأعطى الزوج النصف والأخت النصف، وقال: حضرت رسول الله ﷺ قضى بذلك.

(رواه أحمد)

عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**ما من مؤمن إلا أنا أولى به في الدنيا والآخرة، واقرؤوا إن شئتم: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ فأيما مؤمن مات وترك مالاً فليرثه عصبته من كانوا، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فليأتني فأنا مولاه**».

(رواه البخاري ومسلم)

---

(١) منتقاة من «منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار» ٦/ ٥٥ ـ ٦٢ شرح الشوكاني.

عن علي رضي الله عنه قال: إنكم تقرأون هذه الآية: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ وإن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية، وإن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات؛ الرجل يرث أخاه لأبيه وأمه، دون أخيه لأبيه.

(رواه أحمد والترمذي وابن ماجه)

عن هزيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت؛ فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود، فسئل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين؛ أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ للبنت النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت.

(رواه الجماعة إلا مسلماً والبخاري)

عن الأسود أن معاذ بن جبل ورّث أختاً وابنة؛ جعل لكل واحدة منهما النصف؛ وهو باليمن، ونبي الله ﷺ يومئذ حي.

(رواه أبو داود والبخاري بمعناه)

عن قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر فسألته ميراثها. فقال: ما لك في كتاب الله شيء. وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً. فارجعي حتى أسأل الناس. فسأل الناس. فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس. فقال: هل معك غيرك؟ فقال: محمد بن مسلمة الأنصاري. فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبة. فأنفذه لها أبو بكر. قال: ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر، فسألته ميراثها. فقال: ما لك في كتاب الله شيء. ولكن هو ذلك السدس. فإن اجتمعتما فهو بينكما. وأيكما خلت به فهو لها.

(رواه الخمسة إلا النسائي وصحّحه الترمذي)

عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى للجدتين من الميراث بالسدس بينهما.

(رواه عبد الله بن أحمد في المسند)

عن بريدة أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم.

(رواه أبو داود)

عن عبد الرحمٰن بن زيد قال: أعطى رسول الله ﷺ ثلاث جدات السدس. ثنتين من قبل الأب. وواحدة من قبل الأم.

(رواه الدارقطني)

عن القاسم بن محمد قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر الصديق. فأراد أن

يجعل السدس للتي من قبل الأم. فقال له رجل من الأنصار: أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث. فجعل السدس بينهما.

(رواه مالك في الموطأ)

عن المقدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال: «**من ترك مالاً فلورثته. وأنا وارث من لا وارث له. أعقل عنه وأرث. والخال وارث من لا وارث له. يعقل عنه ويرثه**».

(رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه)

الباب الأول و الباب الثاني

ويتضمنان الأبحاث التالية:

أ ـ أركان الإرث.

ب ـ أسباب الإرث.

جـ ـ شروط الإرث.

د ـ موانع الإرث.

هـ ـ الحقوق المتعلقة بالتركة.

و ـ طرائق الإرث. (أو درجات الاستحقاق).

أ ـ أركان الإرث

أركان الإرث ثلاثة:

١ ـ المورِّث: وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرث منه.

٢ ـ الوارث: وهو من ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الإرث الآتية.

٣ ـ الموروث: أي التركة، وقد اختلف الفقهاء في التركة التي تورث عن الميت، ونذكر فيما يلي خلافهم ووجهتهم:

تعريف «التركة»[1]:

ذهب الحنفية والظاهرية إلى أن «التركة» هي الأموال والحقوق المالية التي كان يملكها الميت، وهي تابعة للأموال أو خادمة أو موثقة أو معينة.

أما الحقوق الشخصية التي كان يملكها الميت ولا علاقة لها بالأموال، ولا تعد أموالاً في ذاتها، فلا تنتقل بالإرث، وعلى هذا فالتركة عندهم تشمل:

١ ـ الأموال بكل أنواعها، منقولاً كانت أو عقاراً، وسواء كانت بيده حين الوفاة، أو بيد وكيله، أو بيد مغتصب، ومن ذلك استحقاقه في غلة وقف لم يتسلمها، وفي تصفية حقوق التقاعدية إن كان موظفاً، وكذلك ديونه على الغير.

٢ ـ الحقوق العينية التي ليست مالاً، ولكنها تقوم بمال، أو متصلة بمال، كحق الشرب، وحق المرور، وحق المسيل، وحق العلو، والرهن، فإن الورثة ورثوا الدَّين موثقاً.

٣ ـ خيارات الأعيان، كخيار العيب، فإن السلعة التي ورثها الورثة موصوفة بالسلامة من العيوب، فإذا بدا فيها عيب كان لهم أن يختاروا ردها أو بقاءها مع العيب، ومن ذلك خيار التعيين، وخيار الوصف المرغوب فيه.

---

(١) انظر: ابن عابدين: ٥/٤٨٦.

ولا يدخل عندهم في الشركة:

١ ـ الخيارات الشخصية كخيار الشرط، وخيار الرؤية، وحق الشفعة، فإنها حقوق متعلقة بشخصه وإرادته، لا بسبب متصل بالمال.

٢ ـ المنافع فإنها لا تورث، كالإجارة والإعارة، فمن استأجر أرضاً فقد انتهت الإجارة بموته ولو لم تنته مدة الإجارة، ولا تنتقل إلى ورثته بالإرث عند الحنفية، لأن المنافع عندهم ليست مالاً متقوماً، ولذلك قال أبو حنيفة بعدم ضمان منافع الدار المغصوبة، لأن التضمين بالمال لا يقابل المنفعة، وقاعدة ضمان العدوان في الشريعة مبنية على المماثلة: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وليس المال بمثل المنفعة.

٣ ـ قبول الوصية: فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد، لزمت الوصية واعتبر عدم الرد قبولاً، فلا يملك الورثة بعد ذلك حق الرد أو القبول.

والحاصل أن كل ما كان مالاً أو حقاً تابعاً له، يعده الحنفية من التركة. وما كان حقاً شخصياً يتعلق بمحض الإرادة أو الاختيار فليس من التركة.

ويرى الجمهور أن كل ما كان ثابتاً للميت من حق وله صلة بالمال، فإنه يورث فالمنافع وحق الشفعة والخيارات التي تتعلق بالعقود لا بالمبيعات كخيار الشرط والرؤية، كلها حقوق تدخل في التركة وتورث.

موقف القانون:

لم يتعرض القانون لهذا البحث، وحيث نصت المادة ٣٠٥ منه على أنه كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي، يكون العمل في محاكمنا الشرعية بمقتضى ما ذكرناه من مذهب الحنفية.

ب ـ أسباب الإرث

للإرث أسباب ثلاثة:

١ ـ **الزواج الصحيح**، ولو من غير دخول أو خلوة، فمتى عقد الزواج صحيحاً فقد وجب سبب التوارث بين الزوجين ما دامت الزوجية قائمة، فإذا وقع الطلاق وانقضت العدة فلا توارث بينهما.

أما المعتدة في طلاق رجعي فترث من زوجها إذا مات وهي في عدتها، لأن الزوجية لا تزال قائمة، والمعتدة في طلاق بائن لا ترث إلا في طلاق الفرار، وهو طلاق المريض لزوجته فراراً من إرثها، فإذا مات وهي في عدتها ورثت منه.

ولا توارث بالزواج الفاسد، كالزواج من غير شهود، ولا بالزواج الباطل ـ كنكاح المتعة والنكاح المؤقت عند جمهور الفقهاء ـ وإن وقع بعده دخول أو خلوة.

٢ ـ **النسب الحقيقي**، وهو كل صلة سببها الولادة، ويشمل ذلك أنواع الورثة الثلاثة: أصحاب الفروض، والعصبات، وذوي الأرحام.

النسب الحكمي، وهو ولاء العتاقة، فمن أعتق عبداً ثم مات العبد عن غير وارث كان المعتق وارثاً له، وهذا حكم تاريخي لم يبق له محل الآن.

موقف القانون:

ذكر القانون للإرث سببين فقط وهما الزوجية والقرابة، ولم يذكر السبب الثالث وهو النسب الحكمي لما قلنا من أنه تاريخي لم يبق له محل الآن، وإليك نص القانون:

المادة: ٢٦٣.

١ ـ أسباب الإرث الزوجية والقرابة.

٢ ـ للإرث ثلاث طرائق: الفريضة المقدرة، أو العصوبة، أو حق الرحم.

٣ ـ يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض.

٤ ـ يكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو العصوبة أو بهما معاً، أو بالنصيب الرحمي.

فإذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معاً مع مراعاة أحكام المادتين ٢٧١، ٢٩٦.

وبيان ذلك لو ماتت عن زوج وأم وكان زوجها ابن عمها أيضاً، فإن الأم تأخذ نصيبها وهو الثلث، والزوج يأخذ نصيبه وهو النصف، ثم يأخذ الباقي لأنه عصبة كما سيأتي معنا. أما المادتان ٢٧١، ٢٩٦ فهما المتعلقان بنصيب الجدات في الميراث ونصيب ذوي الأرحام وسيأتي معنا بيان ذلك.





جـ ـ شروط الإرث

لا يستحق الوارث شيئاً من التركة إلا إذا تحققت ثلاثة شروط:

١ ـ موت المورث حقيقة، أو حكماً كالمفقود الذي حكم القاضي بموته ـ وسيأتي معنا في بحث المفقود متى يحكم القاضي بذلك ـ أو تقديراً كالجنين الذي أسقط بضرب، فإنه يحكم بحياته تقديراً حتى تورث عنه «غرته» وهي دية جنايته.

٢ ـ حياة الوارث عند موت المورث، حقيقة أو تقديراً كالحمل، فلا يتوارث الغرقى والحرقى وأمثالهم ممن جهلت وفاتهم أيها كانت أسبق؟

٣ ـ أن لا يقوم بالوارث مانع من موانع الإرث الآتية.

موقف القانون:

نص القانون على الشرطين الأولين مع بيان شرط وراثة الحمل، وإليك نص مواد القانون:

المادة ٢٦٠:

١ ـ يُستحق الإرث بموت المورث أو اعتباره ميتاً بحكم القاضي.

٢ ـ يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً، ويكون الحمل مستحقاً للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة ٢٣٦.

المادة: ٢٦١ ـ إذا مات اثنان ولم يُعلم أيهما مات فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر، سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا.

وقد قدمنا في أبحاث الوصية شروط الوصية للحمل وهي ما نصت عليها المادة ٢٣٦ ونذكر خلاصتها هنا بالنسبة للإرث: وهي أن يولد حيّاً لسنة فأقل منذ وجوب العدة، إذا كانت الحامل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة، وإذا لم يكن الميت قد أقر بالحمل ولا الحامل معتدة، يشترط أن يولد حيّاً لتسعة أشهر فأقل من حين الوفاة.

د ـ موانع الإرث

تعرف «المانع»

«المانع» في اللغة هو الحائل، وفي الاصطلاح: **هو ما تفوت به أهلية الإرث مع قيام سببه.**

فقولنا: **«ما تفوت به أهلية الإرث»** أخرج المحجوب حجب حرمان، فإنه وإن كان لا يأخذ من الميراث شيئاً، إلا أنه لا يزال أهلاً للميراث، وإنما منع منه لوجود من يزاحمه فيه كالجد يحجب بالأب، فإن الجد أهل للميراث، وهو يستحقه لولا وجود الأب، بخلاف القاتل فإنه لم يبق أهلاً للميراث أصلاً.

وقولنا: **«مع قيام سببه»** أخرج الأجنبي، فإنه ليس أهلاً للميراث، لأنه لم يقم به سبب من أسباب الإرث الثلاثة التي تحدثنا عنها سابقاً، فهذا لا يسمى محروماً، أما الابن القاتل فإن سبب الإرث وهو النسب قائم به، ولكنه لم يبق أهلاً للميراث لمانع القتل.

هذا «والمحروم» لا يعتبر موجوداً في الورثة بل هو كأنه لم يكن، فلا يحجب غيره مطلقاً، وبذلك يخالف «المحجوب» فإنه يحجب غيره كما سيأتي معناه في بحث الحجب.

موانع الإرث:

هناك موانع أصلية للإرث متفق عليها إجمالاً بين العلماء، وموانع تبعية أو مجازية، فيها خلاف بين العلماء، ويمكن إرجاعها إلى فقد سبب أو شرط من أسباب الإرث وشروطه.

أما الموانع الأصلية فهي:

١ ـ الرق.

٢ ـ القتل.

٣ ـ اختلاف الدين.

٤ ـ الردة.

٥ ـ اختلاف الدار.

أما الموانع التبعية أو المجازية فهي:

١ ـ جهالة تاريخ الموت.

٢ ـ جهالة الوارث.

٣ ـ اللعان.

٤ ـ ولد الزنى.

وإليك تفصيل القول في بيان هذه الموانع، وما اختلف فيه العلماء في بعض حالاتها.

الموانع الأصلية

١ ـ الرق

فالعبد سواء كانت عبوديته كاملة كالقن، أو ناقصة كالمكاتب وأم الولد، لا يرث من قريبه الحر، لأنه ليس أهلاً للتملك، فتوريثه هو توريث لسيده الأجنبي، وهذا غير مشروع.

ولا ريب في أننا نذكر هذا المانع استكمالاً للموانع التي ذكرها الفقهاء، وإلا فأسباب الرق قد زالت في نظر الإسلام منذ زمن بعيد والإسلام إنما أجاز الرق حين كان الرق أمراً مشروعاً عند الأمم كلها، فلما وقَّعت الدول اتفاقية إلغاء الرق في أواخر العهد العثماني لم يبق الرق مشروعاً في الإسلام، على أن الإسلام قد وضع له من المبادئ ما هي كفيلة بزواله، وليس هنا مجال القول عن نظام الرق في الإسلام فنكتفي بالإشارة إلى ذلك[١].

٢ ـ القتل:

اتفق جمهور العلماء من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين ومنهم الأئمة الأربعة، على أن قتل الوارث لمورثه مانع للإرث منه، وذلك لما يلي:

---

(١) انظر نظام السلم والحرب في الإسلام للمؤلف.

أولاً: لما رواه مالك وأحمد وغيرهما عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**ليس لقاتل ميراث**».

ولما رواه أبو داود عن النبي ﷺ قال: «**لا يرث القاتل شيئاً**».

ثانياً: إن عمر منع ميراث القاتل، وروي مثل ذلك عن ابن عباس وغيرهما ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة.

ثالثاً: إن هذا القاتل قد تعجل ميراثه ممن قتله، فجزاؤه أن يعاقب بالحرمان، كيلا يجترئ الورثة على قتل مورِّثيهم، والقاعدة المشهورة «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» تؤكد هذا المعنى.

وأيضاً. فالقتل في حد ذاته جريمة، فلو أبحنا له الميراث وهو نعمة، لكانت الجريمة سبباً للنعمة، وهذا ما لم يعهد في التشريع الإسلامي.

أنواع القتل:

ومع اتفاق العلماء على أن القتل مانع للإرث، فقد اختلفوا في نوع القتل المانع، وقبل أن نذكر خلافهم في ذلك نذكر كلمة موجزة عن أنواع القتل، ليستبين لك وجه النزاع وحقيقته.

القتل قسمان: قتل بغير حق، وقتل بحق وبعذر.

أما القتل بغير حق فتحته أنواع:

أ ـ قتل عمد، وهو ما كان بآلة قاتلة على سبيل القصد والتصميم.

ب ـ قتل شبه عمد، وهو الموت بما لا يقتل عادة، كالضرب بعصا لينة.

جـ ـ قتل خطأ، وهو إما أن يكون خطأ في القصد كأن يرمي شبحاً يظنه حيواناً فإذا هو إنسان، وإما أن يكون خطأ في الفعل كأن يرمي طائراً فيصيب إنساناً.

د ـ قتل جار مجرى الخطأ أو ملحق به، كأن ينقلب النائم على إنسان فيقتله.

هـ ـ قتل بالتسبب بأن يضع السم في الطعام، أو يحفر بئراً فيتردى فيه أو يشارك القاتل برأي، أو إعانة، أو تحريض، أو يشهد شهادة زور تؤدي إلى الحكم بالإعدام، أو يكون «ربيئة» (وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل).

وأما القتل بحق والقتل بعذر فأنواع:

أ ـ القتل قصاصاً، كالجلاد حين ينفذ حكم الإعدام بالقاتل.

ب ـ القتل بالحد كقتل المرتد.

جـ ـ القتل دفاعاً عن النفس أو المال.

د ـ قتل الزوج زوجته الزانية، أو قتل المحرم لقريبته الزانية، وقتل الزاني بها أيضاً.

هـ ـ القتل مبالغة في الدفاع عن النفس، كأن يكون بحيث يستطيع رد هجوم الصائل عليه بما دون القتل، فقتله، فهو عذر مشروع.

أي أنواع القتل هو المانع؟

اختلفت المذاهب الأربعة في ذلك، وقد أخذ القانون بمذهب مالك وهو: أن القتل المانع من الإرث هو القتل العدوان المقصود من غير حق أو عذر، سواء كان مباشرة أو عن طريق التسبب، فمتى كان القتل قصداً مع العدوان، منع من الإرث. أما إذا كان خطأ أو بحق أو بعذر، أو وقع من صبي دون الخامسة عشرة أو مجنون، فلا يمنع من الإرث.

٣ ـ اختلاف الدين:

أجمع العلماء على أن المسلم لا يرث من غير المسلم، وكذلك لا يرث غير المسلم من المسلم، لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أحمد وأبو داود: **«لا يتوارث أهل ملتين شتى»** ولأن الإرث يبنى على الولاية والنصرة التامة، ولا يتحقق ذلك مع اختلاف العقيدة.

أما غير المسلمين فذهب أبو حنيفة والجمهور إلى أنهم يرث بعضهم من بعض ولو اختلفت دياناتهم، فاليهودي يرث من المسيحي والعكس.

وقد نص قانوننا على عدم التوارث بين المسلم وغيره، وسكت عن حكم التوارث بين غير المسلمين، فيكون العمل بمذهب أبي حنيفة هو الواجب في محاكمنا الشرعية وفقاً للمادة ٣٠٥ من القانون.

٤ ـ الردة:

ويراد بها خروج المسلم عن دينه، وإعلانه الكفر به وبتشريعه، ولا شك أن الإسلام دين يتعلق بالعقيدة، وبالأخلاق الاجتماعية، وبالنظام العام للجماعة وهو مؤسس على أدق المبادئ وأقومها، ليس فيه ما يخالف العقل، أو يجانب الفطرة،

أو يعارض مصلحة الجماعة، فإنكار نظامه إذا ظل خفياً في النفس لا يتعرض الإسلام لمنكره بشيء، أما إذا أعلن ذلك وسئل عنه فأصر عليه، كان في نظر الإسلام دليلاً على أحد أمرين: إما شبهة في العقل، أو خبث في نية المرتد، وكلاهما مرض اجتماعي خطير يؤدي السكوت عنه إلى تقويض النظام الاجتماعي للأمة التي تدين بالإسلام، ولا تبيح النظم الدولية الآن، اجتماعية كانت أو اقتصادية أو سياسية، أن يخرج عليها فرد من أبناء الأمة، وكثيراً ما يكون جزاء من يفعل ذلك الحكم بالإعدام أو بالسجن المؤبَّد أو بالنفي، على حسب ما ينتج عن عمله من خطر على كيان الدولة ومصلحة الأمة، والإسلام لا يعاقب الخارجين عليه من أبنائه كعقيدة داخل النفس لا تتصل بالحياة العامة، بل يعاقبهم كخارجين على النظام الاجتماعي للأمة، ساعين في تهديم كيان المجتمع، فلا حرج عليه إذا اشتد في عقوبتهم، صيانة للمجتمع من شرورهم.

حكم المرتد:

ولذلك أجمع العلماء على أن من أعلن ردته عن الإسلام يستتاب، ويترك له المجال أياماً للعدول عن ردته، ويزال من فكره كل شبهة له على الإسلام، فإن أصر عليها حكم على الرجل بالقتل والمرأة بالسجن.

إرث المرتد:

وأجمع العلماء أيضاً على أنه لا يرث من غيره، لأنه في حكم الميت، والميت لا يرث.

واختلفوا في الوراثة عنه، فقال أبو حنيفة: ما اكتسبه من مال قبل ردته كان لورثته المسلمين، وما اكتسبه بعد ردته، فإن كان أنثى كان لورثتها أيضاً وإن كان رجلاً كان ماله لبيت المال لا يرثه، لأنه منذ ردته ألحق بالموتى لاستحقاقه القتل، فما كسبه بعدها يكون مالاً لا مالك له، فيرثه بيت المال أما المرأة فحيث لا تقتل بالردة، لم تكن ردتها موتاً لها، فيرثها أهلها في كل ما كانت تملكه حتى موتها.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن مال المرتد، سواء كسبه قبل الردة أو بعدها، يكون للذين يرثونه وقت الموت، لأن ملكيته بالردة لا تزول، إذ هو مكلف تمام التكليف، له ذمة مالية ثابتة، فهو كالمحكوم عليه بالإعدام لا تزول ملكيته عن ماله، وتصح تصرفاته كلها، فيكون كسبه له، وينتقل إلى ورثته بموته فعلاً.

هذا ولم يتعرض قانوننا للردة كمانع من موانع الإرث، ولعله اكتفى بما ذكره من اختلاف الدين بين المسلم وغيره، فإن المرتد غير مسلم.

٥ ـ اختلاف الدار:

لا خلاف بين العلماء في أن المسلمين مهما تباينت أوطانهم وتعددت ممالكهم، وتميزت حدود دولهم بعضها عن بعض، فهم أبناء وطن واحد، تجمعهم راية الإسلام ووحدة تشريعه ونظامه، فالمسلم العربي يرث من قريبه المسلم الباكستاني أو الأفغاني أو التركي، كما لو كانا من بلدة واحدة، لأن من مبادئ الإسلام أن الوطن الإسلامي وطن واحد. وأن المسلمين أمة واحدة ﴿إِنَّ هَٰذِهِۦٓ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَٰحِدَةً﴾ [الأنبياء: ٩٢] ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠].

ولا خلاف بين العلماء أيضاً في أن المسلم يرث من المسلم ولو كان أحدهما تحت سلطة الأعداء أو من رعية دولة غير إسلامية، فالمسلم العربي يرث من قريبه المسلم الأمريكي أو الإنكليزي أو الروسي، لأن ولاية المسلم للإسلام، مهما اختلفت جنسيته وقوميته.

أما غير المسلمين فإن كانوا من رعايا دول إسلامية، توارثوا فيما بينهم ولو تميزت حدود هذه الدول بعضها عن بعض، فالمسيحي السوري يرث من المسيحي اللبناني أو الإيراني.

وإن كان أحدهما من رعايا دولة إسلامية، والآخر من رعايا دولة غير إسلامية، فلا توارث بينهما، لاختلاف الدار.

والمراد باختلاف الدار، اختلاف المنعة والملك، بحيث يكون لكل دولة عسكر وحدود منفصلة متباينة، وبتعبير العصر الحاضر أن يكون لكل منهما جنسية ورعوية مختلفة عن جنسية الآخر ورعويته، فالمسيحي السوري لا يرث من قريبه المسيحي الروسي أو الإنكليزي لاختلاف الدارين، أو لتباين الجنسيتين.

هذا ما قرره الفقهاء قاطبة، ومشى عليه القانون المصري للمواريث، إلا أنه فصَّل في الحالة الأخيرة ـ وهي التوارث بين غير المسلمين من دارين مختلفين ـ بأنه إذا كانت شريعة الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها قريب الوارث غير المسلم؛ تمنع توريث الأجنبي عنها، فلا توارث بينهما، وإن كانت لا تمنع، ورث أحدهما الآخر، وهذا تفصيل عادل قائم على مبدأ المعاملة بالمثل، وهو مبدأ لا تأباه روح الإسلام ومبادئ تشريعه العامة.

وعلى ذلك إذا مات مسيحي عربي، وله قريب في أمريكا، ورث منه قريبه الأمريكي إذا كانت نظم أمريكا لا تمنع توريث الأجانب.

وإليك نص المادة السادسة من القانون المصري المذكور:

«واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا يمنع بين غير المسلمين، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية، تمنع من توريث الأجنبي عنها».

أما قانوننا فلم يتعرض لاختلاف الدارين بين المسلمين بعضهم مع بعض، وإنما ذكر إرث الأجنبي فقال: **«لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين»** (الفقرة: جـ من المادة ٢٦٤).

ويجب أن يفهم من لفظ «الأجنبي» أنه غير المسلم وغير المسيحي المقيم في بلاد إسلامية، لأن المسلم كما علمت لا يعتبر في بلاد الإسلام أجنبياً. كما أن غير المسلمين المقيمين في البلاد الإسلامية يتوارث بعضهم من بعض.

الموانع التبعية:

وإليك موجز القول في الموانع الأخرى التبعية أو المجازية، وكلها في الحقيقة ترجع إلى فقدان سبب من أسباب الإرث أو شرط من شروطه.

١ ـ جهالة تاريخ الموت:

لو غرق جماعة في سفينة واحدة وفيهم أقرباء كولد وأبيه، أو زوج وزوجته، ولم يُعلم السابق منهم في الوفاة، فلا توارث بينهم، لأن من شرط الإرث تحقق حياة الوارث حين موت المورث، ولم يتحقق في هذه الحالة، وسيأتي معنا تفصيل القول في أحوالهم، والخلاف في توريثهم.

٢ ـ جهالة الوارث:

وذلك في مسائل، منها:

ـ أرضعت صبياً مع ولدها وماتت وجهل أيهما ولدها؟ فلا يرثها واحد منهما، لعدم تحقق النسب في كل واحد منهما.

ـ امرأة مرضعة أرضعت ولدين أحدهما مسلم، والآخر غير مسلم، واشتبه الأمر بينهما فلا يرثان من أبويهما للجهالة.

ـ رجل وضع ولده في فناء المسجد ليلاً ثم نام صباحاً فرجع ليأخذه، فوجد ولدين لا يعرف ولده من غيره، ثم مات قبل أن يتبين الأمر، لا يرث منه.

وفي هذه الحالات وأمثالها يوضع الميراث في بيت المال وتكون نفقتهما في بيت المال، إلى أن يصطلحا عند الكبر فيقتسمان الميراث.

٣ ـ اللعان:

قدمنا في آخر مباحث الزواج أن الزوج إذا رمى زوجته بالزنى ونفى ولدها منه، كان عليه أن يشهد بالله أربع مرات أنه صادق فيما رماها به من الزنى، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وعليها أن تشهد بالله أربع مرات أنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإذا تم «اللعان» بينهما على هذا الشكل، فرّق القاضي بينهما ونفى نسب ولدها عنه، فلا يرث الولد من الزوج، وإنما يرث من أمه، لأن نسبه منها ثابت باعترافها، وهذا باتفاق العلماء.

٤ ـ والد الزنى:

ولد الزنى يرث من أمه فقط ولو اعترف الرجل به، لأن الزنى طريق غير مشروع للولادة ولا مثبت للنسب، أما صلته بأمه فهي ثابتة محققة فيرث منها وترث منه، وهذا رأي الجمهور.

وقالت الشيعة الإمامية: لا يرث ولد الزنى من أمه أيضاً، لأنه ثمرة الجريمة، والميراث نعمة، فلا يصح أن تكون الجريمة سبباً للنعمة.

نص القانون:

ـ هذا وسنذكر لك نص القانون المتعلق بموانع الإرث بعد أن ذكرنا لك هذه الموانع عند الفقهاء.

المادة ٢٦٣: يمنع من الإرث ما يلي:

أ ـ موانع الوصية المذكورة في المادة ٢٢٣[1].

---

(١) وإليك نص المادة ٢٢٣: يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة:
أ ـ قتل الموصى له للموصي قصداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة.
ب ـ تسببه قصداً في قتل الموصي، ويعتبر في التسبب شهادته عليه زوراً إذا أدت إلى قتله.

ب ـ اختلاف الدين بين المسلم وغيره.

ج ـ لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين.

هـ ـ الحقوق المتعلقة بالتركة

إذا مات الميت وتحققت أسباب الإرث، وانتفت موانعه، تعلق بالتركة خمسة حقوق مرتب بعضها على بعض:

١ ـ الديون المتعلقة بالأعيان:

فأول شيء يعمل، هو سداد الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة، كالأعيان المرهونة، فمن رهن شيئاً وسلمه ولم يترك غيره ثم مات، فدين المرتهن مقدم على كل شيء حتى تجهيز الميت وتكفينه، وكذلك من اشترى شيئاً ولم يقبضه ولم يدفع ثمنه، ثم مات، فالبائع أحق به من تجهيز الميت وتكفينه.

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء والمشهور في مذهب الحنفية.

وذهب الإمام أحمد ـ وهو رواية في الفقه الحنفي ـ إلى أن سداد الديون المتعلقة بالأعيان مؤخر عن تجهيز الميت وتكفينه، فهي كسائر الديون لا تقضى إلا بعد أن ينفق على الميت في تجهيزه وتكفينه.

هذا وقد أخذ القانون بهذا الرأي فاعتبر أول حق يتعلق بالتركة، تجهيز الميت وتكفينه.

٢ ـ تجهيز الميت وتكفينه

ولا خلاف بين العلماء في أن هذا مقدم على بقية الديون، وعلى إنفاذ الوصايا وحق الورثة، لأنه من الأشياء الضرورية التي تتعلق بحق الميت كإنسان له كرامة تحتم مواراته في لحده، فلو ترك ما لا يكفي إلا للتجهيز والتكفين، فلا شيء للدائنين والورثة.

والتجهيز المطلوب هو كل ما ينفق على الميت منذ وفاته إلى أن يوارى في لحده، بما في ذلك نفقات التعزية من غير سرف ولا تقتير، ومن غير أن يصل إلى

ما يكرهه الشارع، فليس من نفقات التجهيز ما كان يدفع لأفراد «المولوية» الذين يتقدمون الجنازة، ولا ما يدفع لبعض المنشدين والمرتلين، فهذا كله من البدع التي لم ترد في الشريعة، ولا يجوز الإنفاق عليها.

وكذلك ينبغي أن يراعى في أكفان الميت حدود السنة، وما جرى العرف المعتدل بتكفين أمثاله به، كما ينبغي أن يراعى حال الورثة، وخاصة الصغار منهم.

ويلحق بتجهيز الميت وتكفينه، تجهيز من تلزمه نفقته من زوجة أو ولد، فلو ماتت زوجته قبل وفاته بدقائق، وجب أن تكفن من ماله ـ ولو كانت غنية ـ كما لو كان الأمر في حال حياته، وكما يجب عليه أن ينفق عليها في حال حياتها.

وهذا على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، أما محمد فلا يرى ذلك، بل نفقة تجهيزها وتكفينها في مالها، فإن لم يكن لها مال فمن مال أوليائها، وذلك لأن الزوجية قد انقطعت بوفاتها، فلم تبق بينها وبين زوجها علاقة موجبة للإنفاق عليها كما لو كانا في حال الحياة.

٣ ـ قضاء ديونه:

الديون أربعة أنواع:

أ ـ ديون متعلقة بالأعيان، وقد تقدم أنها مؤخرة على التجهيز والتكفين كما جاء في القانون أخذاً من مذهب الإمام أحمد.

ب ـ ديون متعلقة بذمة الميت، ولكنها ديون لله سبحانه وتعالى ثبتت للفقراء، وليس لها مطالب معين من الناس، كالزكوات والكفارات والنذور، وهذه عند الحنفية تسقط بالموت، ولا تتعلق بالتركة بعد الوفاة، لأن هذه الواجبات من قبيل الصلات والعطايا وهي تسقط بالموت، ولأنها تؤدى بالنية والاختيار، وبالموت فقدت النية وفقد الاختيار، فلا تؤدى من ماله، ولا يجب على أحد أن يؤديها عنه لأن ذلك لا يكون إلا بإنابة الميت وأمره، فإذا أمر الميت أن تؤدى عنه هذه الديون، كان ذلك وصية تأخذ حكم الوصايا، وهو نفاذها من ثلث المال فقط.

وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء، فقالوا: إن هذه الديون واجبة الأداء ومتعلقة بالتركة، لأنها مؤونة مالية كالخراج والعشر، وهي لا تحتاج إلى النية، ولذلك وجبت في مال الصغير والمجنون والمعتوه. والصحيح ـ في رأيي ـ هو

قول الجمهور، وهو الأقرب إلى حكمة التشريع في الواجبات المالية كالزكاة وغيرها.

جـ ـ ديون متعلقة بذمة الميت ولكنها لزمته في حال الصحة، أو في مرضه في حالات خاصة ـ وقد تقدم لنا بحث ذلك في موضعه من الوصايا[1] ـ وهذه مقدمة على دين المرض، فإذا كانت التركة لا تكفي إلا دين الصحة وما ألحق به، قدم أداؤه على دين المرض.

د ـ ديون متعلقة بذمة الميت ولكنها لزمته في حال المرض ـ أي عن طريق الإقرار ـ وهذه تؤخر عن ديون الصحة كما ذكرنا، لأن الإقرار في مرض الموت مظنة المحاباة، فهو في حكم الوصايا، وهي مؤخرة عن الديون.

وهذا التفريق بين ديون الصحة وديون المرض مما انفرد به فقهاء الحنفية. أما الجمهور فلم يفرقوا، بل اعتبروها كلها على سواء، لأن ديون المرض إن لزمت بنفقة أو بيع مشاهد بالمثل أو سبب معروف، فهي ملحقة بديون الصحة على قول الحنفية، فلم يبق من ديون المرض إلا ما ثبت بالإقرار، والإقرار حجة ملزمة لا تلغى إلا إذا ثبت ما يبطلها، فما لم يقم دليل على الكذب في الإقرار فمضمونه لازم.

هذه وقد أخذ القانون بقول الجمهور، فلم يفرق بين الديون مطلقاً.

٤ ـ الوصية الواجبة:

نصت المادة ٢٥٧ من القانون على أن من مات وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه، وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط التي حددتها المادة المذكورة، وعلى ذلك فقد جعلها القانون مقدمة على الوصية الاختيارية.

٥ ـ إنفاذ الوصية من الثلث:

وقد قدمنا في أبحاث الوصية، أنها لا تجوز بأكثر من الثلث، وهي مؤخرة عن الدين بالإجماع، وأما تقديمها في القرآن ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ أَوۡ

(١) انظر الجزء الأول من هذا الكتاب.

دَيْنٍ ﴾ فلا يدلُّ على وجوب تقديمها على الدين، بل للعناية بها، وحث الورثة على إنفاذها، لأنها مظنة التساهل من قبل الورثة، باعتبارها تبرعاً من مورثهم قد يرون فيها مزاحمة لحقهم في الميراث.

٦ ـ قسمة الباقي بين الورثة:

وهم الذين ثبت نسبهم أو صلتهم بالميت، واستحقوا الإرث الثابت نصيبهم منه بكتاب الله أو سنة رسوله ﷺ أو إجماع المجتهدين، وذلك حسب درجاتهم الواردة في البحث التالي.

نص القانون:

المادة ٢٦٢:

١ ـ يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي:

أ ـ ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع.

ب ـ ديون الميت.

جـ ـ الوصية الواجبة.

د ـ الوصية الاختياريه.

هـ ـ المواريث بحسب ترتيبها في هذا القانون.

و ـ درجات الاستحقاق

الورثة على درجات في الاستحقاق، يقدم بعضهم على بعض، وسنذكر ترتيبهم على مذهب أبي حنيفة، وخلاف العلماء له، ثم نذكر ترتيبهم في القانون.

١ ـ أصحاب الفروض:

وهم الذين لهم سهام مقدرة في كتاب الله تعالى كالبنت. أو في سنة رسوله ﷺ كالجدة، أو في الإجماع كبنت الابن وابن الابن.

٢ ـ العصبات النسبية:

وهم أقرباء الميت غير ذوي الفروض ـ وسيأتي معنا تعريف العصبة وأقسامها ـ وتأخير هؤلاء في الرتبة عن ذوي الفروض إجماع بين أهل العلم، لقوله عليه الصلاة والسلام على ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما: **«ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأول رجل ذكر»**، أي أعطوا أصحاب الفرائض أنصباءهم المقررة، فإن بقي شيء من التركة فلأقرب رجل من الميت عن طريق التعصيب.

٣ ـ مولى العتاقة:

وهو ما إذا اعتق السيد عبده ثم مات العبد عن غير وارث ذي فرض أو عصبة، فإن مولاه يرثه في هذه الحالة، لقوله عليه الصلاة والسلام: **«الولاء لمن أعتق»** ولقوله أيضاً: **«الولاء لحمة كلحمة النسب»** والنسب يثبت الميراث فيكون الولاء مثله.

٤ ـ عصبة مولى العتاقة:

إذا مات العبد المعتَق عن غير وارث ذي فرض أو عصبة، ولم يكن مولاه المعتق حياً، كان الإرث لعصبة مولاه النسبية، أي على ترتيب العصبات: فروع المعتق ثم أصوله ثم إخوته ثم أعمامه.

هذا وقد خالف قانون الإرث المصري، فأخر مولى العتاقة وعصبته عن الرد على أصحاب الفروض وذوي الأرحام.

كما خالف الإباضية فمنعوا التوريث عن هذا الطريق، وقالوا: إن الإرث بالقرابة أو الزوجية فحسب، وليس بين المعتق وعبده شيء منهما.

٥ ـ الرد على ذوي الفروض:

وذلك إذا مات الرجل وليس في ورثته إلا ذوو الفروض، وزاد أصل المسألة على سهامهم، رد عليهم بنسبة فروضهم، ويستثنى من ذلك الزوجان، وسيأتي تحقيق القول عن الرد في موضعه.

٦ ـ ذوو الأرحام:

وهم أقارب الميت الذي ليسوا ذوي فروض ولا عصبة، ويكونون الأقارب الإناث، كالخالة والعمة، أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى، كابن البنت وأبي الأم.

٧ ـ المقر له بنسب محمول على الغير:

إذا مات الميت ولم يترك وارثاً ممن تقدم ذكرهم، كانت التركة لواحد من ثلاثة مرتبين:

أولهم: المقر له بالنسب على الغير، وهو أن يقر لشخص بأنه أخوه أو عمه ولم يثبت ذلك بدليل آخر غير الإقرار، فإنه يرث منه أو يشاركه في الميراث حين لا يوجد أي وارث من نسب صحيح أو زوجية.

٨ ـ الموصى له بما زاد عن الثلث:

وهذا ثاني الأشخاص الذين تنتقل إليهم التركة حين فقد الوارثين، فإنه يأخذ تمام الموصى له، وهذا بإجماع الأئمة الأربعة، فلو مات عن زوج وموصى له بنصف المال، أخذ الموصى له أولاً الثلث، ثم أخذ الزوج نصف الباقي، وهو الثلث، ثم يأخذ الموصى له بقية المال وهو الثلث، لما علمت من أن الزوجين لا يرد عليهما، وهذا عند أبي حنيفة، ولكن القانون أخذ بالرد عليهما حين يفقد ذوو الأرحام، فالثلثان للزوج في هذه المسألة.

هذا وقد ذهب القانون إلى الرد على الزوجين عند فقد ذوي الأرحام، وقدمهم على المقر له بالنسب، وعلى الموصى له بما زاد على الثلث وعلى بيت المال. وسيأتي إيضاح ذلك.

٩ ـ بيت المال:

وهذا ثالث المستحقين حين لا يوجد وارث مطلقاً، أو وجد أحد الزوجين على رأي أبي حنيفة، فإن المال كله في الحالة الأولى، وما بقي منه في الحالة الثانية، يكون لبيت المال على أنه من الضوائع التي لا يعرف لها مالك، لا على أن بيت المال وارث، ولهذا إذا أخذ بيت المال التركة، ثم ظهر وارث وأقام الدليل على ذلك استرد التركة من بيت المال.

موقف القانون:

لم يجعل القانون من بين درجات الاستحقاق: درجة مولى العتاقة وعصبته لأن الرق لم يبق له وجود، وهو أيضاً مما يتمشّى مع مذهب الإباضية كما علمت.

وقد أخذ القانون بتوريث ذوي الأرحام كما هو مذهب أبي حنيفة وأحمد، كما ذهب إلى الرد على ذوي الفروض إلا الزوجين، فإنهما لا يرد عليهما مع وجودهم، أما إذا انفرد الزوج أو الزوجة، فإن كان هنالك ذوو أرحام فإنهم يأخذون ما بقي عن فرض أحدهما، وإلا فيرد عليه، ويقدم حينئذٍ على المقر له بالنسب وعلى الموصى له بما زاد على الثلث وبيت المال، وسيأتي شرح ذلك حين البحث في «الرد» وخلاف الصحابة والعلماء فيه.

وعلى ذلك تكون درجات الاستحقاق كما وردت في القانون كما يلي:

١ ـ أصحاب الفروض.

٢ ـ العصبات النسبية.

٣ ـ الرد على ذوي الفروض ما عدا الزوجين.

٤ ـ ذوو الأرحام.

٥ ـ الرد على الزوجين عند عدم ذوي الأرحام.

٦ ـ المقر له بنسب محمول على الغير.

٧ ـ الموصى له بما زاد على الثلث.

٨ ـ الخزانة العامة (بيت المال).

وإليك نص القانون:

المادة ٢٦٥ : (خلاصة)

١ ـ يُبدأ في التوريث بأصحاب الفروض.

المادة ٢٧٤ :

١ ـ إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة، كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب.

المادة ٢٧٨ :

١ ـ إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم يوجد عصبة من النسب، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.

٢ ـ يرد باقي التركة إلى أحد الزوجين، إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض[1] أو أحد ذوي الأرحام.

المادة ٢٨٩ :

١ ـ إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ولا من العصبات النسبية كان ميراث الميت لذوي الأرحام.

المادة ٢٦٢ :

٢ ـ إذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب التالي:

أ ـ استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ب ـ ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية.

جـ ـ إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة.

وأنت ترى أن درجات الاستحقاق جاءت بالتفصيل مشتتة في مواضع متعددة من القانون، وكان الأولى أن تذكر في موضع واحد كما فعل الفقهاء.

---

(١) جاء في النص المطبوع (الفروض النسبية) وزيادة لفظ (النسبية) هنا خطأ.

الباب الثالث

ويتضمن الأبحاث التالية:

أ ـ الفروض ومستحقوها: أصحاب الفروض من الرجال تفصيلاً.

ب ـ أصحاب الفروض من النساء تفصيلاً.

ج ـ خلاصة للفروض ومستحقيها ذكوراً وإناثاً.

أ ـ الإرث بطريق الفريضة
أصحاب الفروض من الرجال تفصيلاً

الوارثون من أصحاب الفروض اثنا عشر: أربعة من الرجال، وثمانية من النساء. أما الرجال فهم: الزوج، والأب، والجد، والأخ لأم.

وأما النساء فهن: الزوجة، والأم، والجدة، والبنت، وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت لأب، والأخت لأم.

وإليك تفصيل القول في كل واحد من هؤلاء، ونصيبه من الميراث، ودليل ذلك:

١ ـ الزوج:

للزوج حالتان:

الأولى: أن لا يكون للزوجة فرع وارث، ذكراً كان أو أنثى، من الزوج أو غيره، وذلك كالابن وابن الابن وإن نزل، والبنت وبنت الابن وبنت ابن الابن وإن نزل فنصيبه النصف.

الثانية: أن يكون للزوجة فرع وارث فنصيبه الربع.

والمراد بالفرع الوارث صاحب الفرض أو العصبة، أما ذوو الأرحام فلا ينتقل بهم نصيب الزوج من النصف إلى الربع.

ودليل استحقاقه النصف أو الربع، قول الله تبارك وتعالى في سورة النساء: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

وعن زيد بن ثابت أنه سئل عن زوج وأخت لأبوين، فأعطى الزوج النصف

والأخت النصف، وقال: حضرتُ رسول الله ﷺ قضى بذلك[1]

والزوج لا يحجب أحداً من الورثة، ولا يُحجب بأحد حجب حرمان، بل يحجب حجب نقصان من النصف إلى الربع عند وجود الولد كما ذكرنا.

نص القانون:

المادة ٢٦٨:

١ ـ للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

مسائل[2]:

١ ـ ماتت عن: زوج، وابن:

للزوج الربع، وللابن الباقي، لأنه عصبة.

٢ ـ ماتت عن: زوج، وأب.

للزوج النصف، وللأب الباقي، لأنه عصبة.

٢ ـ الأب:

الأب لا يحجب من الميراث بحال من الأحوال، ويحجب غيره كما سيأتي، وله ثلاث حالات:

الأولى: أن يأخذ السدس بالفرض المطلق، وذلك مع وجود الفرع الوارث المذكر كالابن وابن الابن وإن نزل، سواء كان معه غيره أم لا.

الثانية: أن يأخذ السدس بالفرض، ثم يأخذ باقي التركة بالتعصيب، وذلك عند وجود الفرع الوارث المؤنث، كالبنت أو بنت الابن.

الثالثة: أن يرث بالتعصيب المطلق، وذلك عند عدم الفرع الوارث، ذكراً كان أو أنثى، فيأخذ كل التركة إذا انفرد، أو ما أبقاه أصحاب الفروض إذا وجدوا.

ودليل ذلك قوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ

---

(١) رواه الإمام أحمد.

(٢) نذكر هذه المسائل تدريباً للطلاب وتمكيناً لهم في الأحكام التي نذكرها.

﴿مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١].

دل الشطر الأول من هذه الآية، على أن نصيب الأب ـ حين يكون للميت أولاد ـ السدس فقط، ثم إذا كان الولد ابناً فإنه سيكون هو العصبة فلا يستحق الأب شيئاً بالتعصيب، لأن الابن أقرب منه، كما دل الشطر الثاني من الآية على أن الأم تأخذ الثلث حين لا يكون للميت ولد، وسكتت الآية عن نصيب الأب حينئذ، فدل ذلك على أن الأب يأخذ الباقي بعد أخذ الأم نصيبها، أما حين يكون في الورثة بنت، فإن الأب يأخذ السدس بناء على شطر الآية الأولى، ويأخذ الباقي لأنه أولى رجل ذكر، عملاً بقوله عليه السلام: «**ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر**»[1] والأب هو أولى رجل بالميت عند عدم الابن أو ابن الابن.

مسائل:

١ ـ ماتت عن: أب، وزوج، وابن.

للأب السدس، وللزوج الربع، والباقي للابن لأنه عصبة، ولا شيء للأب بالتعصيب، لأن الابن أقرب منه فهو أولى رجل ذكر.

٢ ـ ماتت عن: زوج، وأب، وبنت.

للزوج الربع، وللأب السدس، وللبنت النصف، والباقي للأب لأنه أولى رجل ذكر.

٣ ـ الجد العصبي:

المراد بالجد العصبي (ويسميه الفقهاء الجد الصحيح) هو الذي لا تدخل في نسبته إلى الميت أنثى، كأبي الأب، ويقابله الجد الرحمي (ويسميه الفقهاء الجد الفاسد) وهو الذي يدلى إلى الميت بأنثى، كأبي الأم، فإنه ليس صاحب فرض ولا عصبة، بل هو من ذوي الأرحام كما سيأتي.

والأصل في توريثه الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] فإن الجد يسمى أباً مجازاً عند عدم الأب المباشر، ومنه جاءت الآية

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

الكريمة: ﴿كَمَآ أَخۡرَجَ أَبَوَيۡكُم مِّنَ ٱلۡجَنَّةِ﴾ [الأعراف: ٢٧] فسمى آدم أباً وهو الجد الأعلى، فتسمية الجد الأدنى أباً من باب أولى. ومنه قوله تعالى حكاية عن يوسف: ﴿وَٱتَّبَعۡتُ مِلَّةَ ءَابَآءِيٓ إِبۡرَٰهِيمَ وَإِسۡحَٰقَ وَيَعۡقُوبَۚ﴾ [يوسف: ٣٨] وكان إسحاق جده، وإبراهيم جد أبيه.

وأما السنة: فما رواه عمران بن حصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال: إن ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ قال: «**لك السدس**»[1] وعن الحسن أن عمر سأل عن فريضة رسول الله ﷺ في الجد، فقام معقل بن يسار المزني فقال: قضى فيها رسول الله ﷺ، قال: ماذا؟ قال: السدس[2].

وأما الإجماع: فقد أجمع فقهاء الصحابة ومن بعدهم على أن الجد يرث عند عدم وجود الأب، ولا نعرف في ذلك خلافاً، وإنما الخلاف جرى في نصيب الجد مع الإخوة وسنذكره قريباً.

أحوال الجد في الميراث:

لا يخلو أن يكون مع الجد إخوة أو أخوات أشقاء أو لأب، أو أن لا يكون معه أحد:

عند عدم الإخوة:

تكون له أربع حالات:

أولاً: لا يرث مع وجود الأب تمشيّاً مع القاعدة العامة: «من أدلى إلى الميت بواسطة لا يرث مع وجود تلك الواسطة».

ثانياً: أن يأخذ السدس فقط عند وجود الفرع الوارث المذكر (الابن أو ابن الابن وإن نزل) مثل نصيب الأب تماماً في هذه الحالة.

ثالثاً: أن يأخذ السدس مع التعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث (البنت أو بنت الابن وإن نزل) مثل نصيب الأب تماماً في هذه الحالة.

رابعاً: أن يرث بالتعصيب المطلق وذلك عند عدم الفرع الوارث ذكراً كان أو أنثى، مثل الأب أيضاً في هذه الحالة.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود. (٢) رواه أحمد.

هذه هي الحالات التي تكون للجد عند عدم الأب وعدم الإخوة أو الأخوات الأشقاء أو لأب، وهي حالات متفق عليها بين جميع المذاهب الإسلامية لا نعلم في ذلك خلافاً.

نص القانون:

وقد نص القانون على الأحوال السابقة للأب والجد في مواد متفرقة، وكان ينبغي أن تذكر في مكان واحد.

فنصت **المادة ٢٦٦** على ما يلي:

مع مراعاة حكم المادة ٢٨٠ للأب ـ وكذا للجد العصبي ـ فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل.

ونصت **المادة ٢٨٠** على ما يلي:

إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضاً والباقي بطريق العصوبة.

ونصت **المادة ٢٧٥** على ترتيب العصبات بالنفس كما يلي:

للعصوبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:

١ ـ البنوة، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل.

٢ ـ الأبوة، وتشمل الأب والجد العصبي وإن علا.

ومن هذه المواد الثلاث نأخذ الأحوال الثلاثة السابقة، أما عدم استحقاقه مع وجود الأب فهذا أمر معروف بالبداهة، ويجب أن تقدر في نص المادة ٢٢٦ زيادة «عند عدم الأب» بعد قوله: «وكذا للجد العصبي».

عند وجود الإخوة:

أما عند وجود الإخوة أو الأخوات الأشقاء أو لأب، فقد كان العمل قديماً في المحاكم الشرعية على مذهب أبي حنيفة من أن الجد يحجب الإخوة الأشقاء أو لأب كما يحجب الإخوة لأم في قول جميع الفقهاء. ولكن قانوننا أخذ بقول الآخرين من حيث توريث الإخوة مع الجد، ثم ذهب في طريقة التوريث مذهباً

جديداً مأخوذاً من مجموع أقوال بعض الصحابة لا من قول واحد منهم بعينه.

ولنذكر لك نص المادة، ثم نشير إلى مأخذ فقراتها من مذاهب الصحابة:

المادة ٢٧٩:

١ ـ إذا اجتمع الجد العصبي مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب، فإنه يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط، أو ذكوراً وإناثاً، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث.

وهذا أخذ برأي أكثر فقهاء الصحابة، وهو متفق مع المذاهب إلا مع مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

وهو من ناحية ثانية يتفق مع مذهب ابن مسعود وزيد بن ثابت في أن الجد يقاسم الأخوات إذا كن عصبة مع البنات.

٢ ـ إذا كان الجد مع أخوات لم يعصبن بالذكور ولا مع الفرع الوارث من الإناث فإنه يستحق الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب.

وهذا أخذ بمذهب علي وابن مسعود من أنّ الجد لا يعصب الأخوات المنفردات، بل يأخذن نصيبهن بالفرض، ويكون هو عصبة.

٣ ـ على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم، تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس[(١)].

وهذا أخذ بمذهب علي (رضي الله عنه) الذي يذهب إلى جعل فرضه السدس فقط.

٤ ـ ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب وهذا أخذ بمذهب علي وابن مسعود في أن الإخوة لأب لا يعتبرون في المقاسمة إذا كانوا محجوبين بالإخوة الأشقاء.

---

(١) جاء في القانون المطبوع حالياً والمعمول به في المحاكم الشرعية «الثلث» في الموضعين وقد جرينا على ذلك في الطبعة السابقة من هذا الشرح وبينا مأخذه من أقوال بعض الصحابة ولكنا علمنا من الأستاذ الزرقا ـ عضو اللجنة التي وضعت القانون ـ أن صواب ذلك هو «السدس» لا الثلث ولذلك أثبتنا نص القانون مصححاً.

بقي التنبيه إلى أن القانون لم يفرق بين ما إذا كان مع الجد والإخوة وارث آخر ذو سهام مفروضة أم لا كما فرق في ذلك زيد بن ثابت، بل أعطاه السدس على كل حال، وهو رأي حسن وطريق سهل، ينأى بنا عن تعقيدات كثيرة في مذهب زيد بن ثابت.

ملاحظة:

يخالف الجد الأب في مسائل، منها:

١ ـ أن أم الأب لا ترث مع الأب لأنه ولدها فهو واسطتها إلى الميت، وترث مع أبي الأب (الجد) لأنها زوجته.

٢ ـ إذا ترك الميت أباه، وأمه، وأحد الزوجين، فللأم ثلث ما بقي بعد نصيب أحد الزوجين كما سيأتي في بحث أحوال الأم، ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث المال كله عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف الذي يرى أنها تأخذ ثلث الباقي أيضاً.

مسائل:

١ ـ مات عن: جد، أخ شقيق، أخت شقيقة.

المسألة من خمس سهام: للجد سهمان، وللأخ سهمان، وللأخت سهم واحد.

٢ ـ مات عن: زوجة، جد، أختين شقيقتين.

للزوجة الربع، وللأختين الثلثان، وللجد السدس.. وتعول المسألة إلى ثلاثة عشر سهماً.

٣ ـ مات عن: أب، وجد، وابن.

للأب السدس، ولا شيء للجد، وللابن الباقي.

٤ ـ أولاد الأم:

أي الإخوة لأم، والأخوات لأم، فهؤلاء يشتركون في الحالات الثلاث التالية:

الأولى: لا يرثون عند وجود الفرع الوارث أو الأصل المذكر الوارث، فلا

يرثون مع الابن أو ابن الابن أو البنت أو بنت الابن أو الأب أو الجد العصبي.

الثانية: للواحد منهم ذكراً كان أم أنثى، السدس عند عدم الفرع الوارث أو الأصل الوارث المذكر.

الثالثة: للاثنين فأكثر، الثلث، ذكوراً كانوا أم إناثاً، يقسمونه بينهم على السواء الذكر مثل حظ الأنثى، عند عدم الفرع الوارث أو الأصل الوارث المذكر.

والأصل في ميراثهم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

أجمع المفسرون على أن المراد بالكلالة هو الميت الذي ليس له والد ولا ولد، وهو التفسير الوارد عن النبي ﷺ، حين سأله رجل عن الكلالة، فقال: «**من مات وليس له والد ولا ولد، فورثته كلالة**» وكذلك أثر عن جمهور الصحابة.

واتفق الصحابة على أن المراد بالإخوة هنا في هذه الآية، الإخوة لأم، لأن الأخوات الشقيقات أو لأب قد ذكر حكمهن في آية أخرى.

كما أجمعوا على أنهم يقتسمون الثلث بالتساوي بين ذكورهم وإناثهم لأن لفظ الشركة إذا أطلق دل على التساوي.

كما دلت الآية بتفسير الرسول ﷺ لها، على أن ميراثهم لا يكون إلا حين لا يوجد ولد ولا والد.

مسائل:

١ ـ مات عن: أب، ابن، أخ لأم.

للأب السدس، وللابن الباقي، ولا شيء للأخ لأم.

٢ ـ ماتت عن: زوج، وأخ لأم، وأخ شقيق.

للزوج النصف، وللأخ لأم السدس، وللأخ الشقيق الباقي لأنه عصبة.

٣ ـ ماتت عن: زوج، وجد، وأخوين لأم.

للزوج النصف، وللجد الباقي، ولا شيء للإخوة لأم.

المسألة المشتركة:

إذا ماتت عن أم وزوج وأخوين لأم وأخ شقيق وأخت شقيقة، كان تقسيم التركة على مقتضى قواعد التوريث، أن يكون للأم السدس، وللزوج النصف، وللأخوين لأم الثلث، ولا يأخذ الأخ الشقيق ولا الأخت الشقيقة شيئاً لأنهما عصبة، والعصبة تأخذ ما أبقاه أصحاب الفرائض، ولم يبق هنا شيء عن أصحاب الفرائض.

ولكن النظر الدقيق وقواعد العدالة تأبى ان يأخذ الإخوة لأم ثلث المال، ثم يحرم إخوتهم من أبيهم وأمهم، ويكون الذين زادوا عليهم بصلة الأب استحقوا الحرمان مع أنهم يشتركون في أم واحدة.

وقد وقعت هذه الحادثة في زمن عمر مرتين، قضى فيها أولاً بحرمان الإخوة الأشقاء، ثم عرض عليه مرة أخرى، وقال له الإخوة الأشقاء: نحن وإياهم - أي الإخوة لأم - من أم واحدة، ونزيد عليهم قربنا من أبينا فهب أبانا حجراً من اليم... فقضى عمر أن يشتركوا جميعاً في الثلث ذكورهم وإناثهم سواء. وقد وافقه على ذلك كثير من الصحابة وأخذ به من الأئمة مالك والشافعي.

موقف القانون:

أخذ القانون في هذه المسألة بقول عمر ومذهب مالك والشافعي، وهو أقوى نظراً وأصح منطقاً، وأقرب إلى العدالة وإلى روح الإسلام.

وإليك نص القانون:

المادة ٢٦٢:

١ - لأولاد الأم فرض السدس للواحد، والثلث للاثنين فأكثر، ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء.

٢ - في الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة، وكان مع أولاد الأم أخ شقيق وإخوة أشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر، يقسم الثلث بين الجميع على الوجه المتقدم.

* * *

ب ـ أصحاب الفروض من النساء

٥ ـ الزوجة:

للزوجة حالتان:

الأولى: الربع عند عدم الفرع الوارث ذكراً كان أو أنثى، كالولد وولد الابن وإن نزل.

الثانية: الثمن عند وجود الفرع الوارث، سواء كان منها أو من غيرها. ويشتركن في الربع أو الثمن إذا كنّ أكثر من واحدة.

والأصل في توريث الزوجة قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

نص القانون:

المادة ٢٦٨:

٢ ـ للزوجة ولو كانت مطلقة رجعياً إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

مسائل:

١ ـ مات عن: زوجة، بنت، أب.

للزوجة الثمن، وللبنت النصف، وللأب السدس بالفرض والباقي بالتعصيب.

٢ ـ مات عن: زوجة، أخ، ابن بنت.

للزوجة الربع، وللأخ الباقي لأنه عصبة، ولا شيء لابن البنت لأنه ذو رحم، ولذلك لم يؤثر في نقل فرض الزوجة من الربع إلى الثمن.

٣ ـ مات عن: زوجة معتدة في طلاق بائن، ابن، أب.

للأب السدس، والباقي للابن، ولا شيء للزوجة لانقطاع الزوجية وقت الوفاة، ولو كانت في طلاق رجعي ورثت، وكذا لو كانت معتدة في طلاق بائن من مريض طلقها طلاق الفرار، وقد تقدم ذلك عند البحث في أسباب الإرث.

٦ ـ الأم:

قال الله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وعلى ذلك فلها ثلاث حالات:

الأولى: السدس عند وجود الفرع الوارث، ذكراً كان أو أنثى، أو عند وجود اثنين فأكثر من الإخوة أو الأخوات من أية جهة كانوا.

الثانية: ثلث المال كله عند عدم الفرع الوارث أو الاثنين من الإخوة والأخوات.

الثالثة: أن لا يوجد فرع وارث ولا عدد من الإخوة أو الأخوات ويكون الوارث معها أباً وأحد الزوجين فقط، فلها في هذه الحالة ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين لا ثلث المال كله، وذلك لأن المعهود في الشريعة أن الرجل والمرأة إذا تساويا في الدرجة كان للمرأة في الميراث نصف نصيب الرجل غالباً، كالبنت مع الابن، والأخت مع الأخ، وهكذا، فلو أعطينا الأم ثلث المال كله في هذه الحالة لأخذ الأب نصف نصيب الأم فيما إذا كان الزوج هو الوارث والزوجة هي الميتة، أو أخذ مثل نصيب الأم زائداً شيئاً قليلاً عنها فيما إذا كان الزوج هو المتوفى وترك زوجة وأباً وأمّاً، وإليك إيضاح ذلك:

ماتت عن: زوج، وأم، وأب.

المسألة من ٦، للزوج النصف وهو ٣، فلو أخذت الأم ثلث الكل وهو ٢ لبقي للأب السدس وهو١، فيكون ما تأخذه الأم ضعف ما يأخذه الأب.

ولو مات عن: زوجة، وأم، وأب.

المسألة من ١٢: للزوجة الربع وهو ٣، فلو أخذت الأم ثلث المال كله وهو ٤، لبقي للأب ٥.

وهذا يخالف ما عهد في الشريعة، بل يخالف نص الآية الكريمة ومعناها،

فإنها تجعل الميراث عندما يكون الوارث الأبوين فقط، للأم الثلث، وللأب الثلثان بالتعصيب، فالنسبة بينهما مقدرة على هذا الأساس، فإذا أدى تقسيم الفريضة في المسألتين السابقتين إلى أن يكون نصيب الأب نصف نصيب الأم، كما في المسألة الأولى، أو زائداً عليها واحداً من اثني عشر، كما في المسألة الثانية، لناقض ذلك تقدير النسبة التي قدرها الله تعالى، ومن هنا قال جمهور الفقهاء وهو رأي عمر وجمهور الصحابة: بأن التركة توزع في المسألتين على الشكل السابق، وهو أنها تأخذ ثلث الباقي، وبهذا تقسم التركة كما يلي مع الفرض بأنها ٦٠٠ ليرة.

المسألة الأولى:

للزوج النصف $\frac{٣}{٦}$ = ٣٠٠ ليرة.

للأم ثلث الباقي $\frac{١}{٦}$ = ١٠٠ ليرة.

للأب الباقي $\frac{٢}{٦}$ = ٢٠٠ ليرة.

المسألة الثانية:

للزوجة الربع $\frac{٣}{١٢}$ = ١٥٠ ليرة.

للأم ثلث الباقي $\frac{٣}{١٢}$ = ١٥٠ ليرة.

للأب الباقي $\frac{٦}{١٢}$ = ٣٠٠ ليرة.

وهكذا نجد أننا بهذا التقسيم قد أبقينا نصيب الأب ضعف نصيب الأم.

موقف القانون:

المادة ٢٧١:

١ ـ للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين فأكثر من الإخوة والأخوات.

٢ ـ لها الثلث في غير هذه الأحوال، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين.

وبذلك تعلم أن القانون أخذ برأي الجمهور.

هذا ولا تنس ما قدمناه لك من أن الأم تأخُذ ثلث الكل إذا كان معها وأحد الزوجين، جد بدل الأب.

٧ ـ الجدة الثابتة:

ويسميها الفقهاء «الجدة الصحيحة» وهي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت جد رحمي (فاسد)، كأم الأم، وأم الأب، وأم أبي الأب. أما الجدة غير الثابتة فإنها هي التي يدخل في نسبتها إلى الميت جد رحمي، كأم أبي الأم، فهذه من ذوي الأرحام.

والأصل في توريث الجدة ما رواه أبو داود عن بريدة أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس، إذا لم يكن دونها أم، وقد أعطى أبو بكر أم الأم السدس بحديث رواه المغيرة وابن سلمة، كما أجمع الصحابة في عهد عمر على إعطاء أم الأب السدس، وعلى ذلك تكون للجدة الصحيحة حالتان:

الأولى: أن تأخذ السدس سواء كانت واحدة أم أكثر، وسواء كانت من جهة الأب أم من جهة الأم، ويقسم بينهن السدس بالتساوي، ولا تأخذ الجدات أكثر من السدس بحال من الأحوال.

الثانية: أن الجدات مطلقاً يحجبن بالأم سواء كن من جهة الأب أم من جهة الأم، وتحجب الأبويات بالأب وكذا بالجد إذا أدلت به، فأم أبي الأب تحجب بأبي الأب لأنه ابنها وهو أقرب منها إلى الميت، وكذا تحجب القربى من الجدات من أية جهة كانت البعدى منهن مطلقاً، فتحجب أم الأب أم أم الأم ولو كانت محجوبة بالأب كما في المسألة التالية:

مات عن: أب، وأم أب، وأم أم أم.

المال كله للأب، ولا شيء لأم الأب لأنها محجوبة بالأب، ولا شيء أيضاً لأم أم الأم لأنها محجوبة بأم الأب.

هذا ولا فرق في الجدة بين أن تكون ذات قرابة أو ذات قرابتين فإن نصيبها السدس على كل حال.

نص القانون:

المادة ٢٧٢:

للجدة الثابتة أو الجدات السدس. ويقسم بينهن على السواء، لا فرق بين ذات قرابة وقرابتين.

مسائل:

١= **مات عن:** أم، أم أم، أب.

للأم الثلث، ولا شيء لأم الأم لأنها محجوبة بالأم، وللأب الباقي.

٢= مات عن: أب أب، أب أم، أم أبي الأب.

المال كله لأبي الأب، ولا شيء لأبي الأم لأنه جد رحمي، ولا لأم أبي الأب، لأنها محجوبة بأبي الأب.

٣= مات عن أربع جدات وهن:

أم أم أم، أم أم أب، أم أب أب، أم أبي الأم، عم.

ترث الجدات الثلاث الأول السدس مشتركاً بينهن، ولا شيء للجدة الرابعة لأنها جدة فاسدة أدلت إلى الميت بجد فاسد، والباقي للعم لأنه عصبة.

٨ ـ البنت:

قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ﴾ [النساء: ١١] دلت هذه الآية على ثلاث حالات للبنات:

الأولى: أن يكون معهن أخ فيعصبهن، ويكون لهم المال كله إذا لم يكن معهم أصحاب فروض، أو يكون لهم ما بقي من المال، إذا وجد معهم أصحاب فروض، ونصيب الولد الذكر ضعف نصيب أخته لما قدمناه في أول بحوث الفرائض من كثرة الأعباء المالية الملقاة على الرجل دون المرأة.

الثانية: أن تكون هنالك بنت واحدة وليس معها أخ، فلها نصف التركة.

الثالثة: أن يكُنَّ فوق اثنتين ولا أخ معهن، فلهن الثلثان.

وبقي ما إذا كانتا اثنتين، فالآية لم تتعرض لهما بصراحة، وقد ذهب جمهور الصحابة ـ خلافاً لابن عباس ـ إلى حكمهما في الميراث كحكم الثلاثة فأكثر، أي لهما الثلثان، لأن الله تعالى أعطى الأختين الثلثين في قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ﴾ [النساء: ١٧٦] فإذا كانت الأختان تأخذان الثلثين،

فأولى أن تأخذ البنتان الثلثين، وهن أقرب إلى الميت من الأخوات.

ويؤيده ما روي عن جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله. هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أُحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً، ولا تنكحان إلا ولهما مال، فقال ﷺ: «يقضي الله في ذلك»، فنزلت بعد ذلك آية المواريث: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ الآية، فأرسل الرسول إلى عمهما، فقال: «أعط ابنتي سعد الثلثين، وأمهما الثمن، وما بقي فهو لك»[1] قالوا: وهذه أول تركة قسمت في الإسلام.

موقف القانون:

أخذ القانون برأي الجمهور في أن البنتين تأخذان الثلثين. وإليك أحكام البنات كما وردت في مواد متفرقة من القانون.

المادة ٢٦٩: مع مراعاة حكم المادة ٢٧٧.

١ ـ للواحدة من البنات فرض النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان.

أما المادة ٢٧٧ فهي التي تتحدث عن العصبة بالغير ومنهن البنات مع الأبناء، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن الإرث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

٩ ـ بنات الابن:

أجمع الفقهاء على أن بنات الابن يقمن مقام البنات الصلبيات عند عدمهن، ويدخلن في اسم «الأولاد» دخولاً مجازياً لا حقيقياً. ولا يصار إلى المجاز إلا عندما يتعذر إطلاق اللفظ على حقيقته، فإذا لم تكن هنالك بنات صلبيات، نزل بنات الابن منزلتهن، وبذلك تأخذ بنات الابن الأحوال الثلاثة السابقة للبنات، ويضاف إليها ثلاثة أحوال أخرى، فصار مجموع حالاتهن ستاً:

الأولى: لبنت الابن الواحدة النصف عند عدم البنت أو الابن.

---

(١) رواه الخمسة إلا النسائي.

الثانية: لبنات الابن الثلثان، إذا كن اثنتين فأكثر، عند عدم البنت أو الابن.

الثالثة: لبنت الابن السدس مع البنت الواحدة الصلبية تكملة للثلثين ويشتركن في السدس إذا كنّ أكثر من واحدة.

وإنما أعطين السدس، لأن الشارع جعل الثلثين حقاً للبنات، فإذا وجدت بنت صلبية واحدة، لم تأخذ إلا النصف، فلا يستغرق البنات نصيبهن المخصص لهن، فاعتبرت بنت الابن كبنت ليستغرقن الثلثين.

ويؤيد ذلك ماروي أن رجلاً جاء إلى أبي موسى الأشعري وهو أمير الكوفة في زمن عثمان رضي الله عنه، وعنده قاضيها سلمان بن ربيعة فسألهما عن ابنة، وابنة ابن، وأخت شقيقة، فقال أبو موسى: «للابنة النصف، وللأخت النصف، وأت ابن مسعود فإنه سيتابعني» فسئل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين، أقضي بما قضى النبي ﷺ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت»[1].

الرابعة: إذا كان مع بنت الابن، ابن ابن فإنه يعصبها، سواء كان أخاها أو ابن عمها، ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

الخامسة: إذا كانت هنالك بنتان صلبيتان، حجبتا بنت الابن، إلا إن كان معها أو أسفل منها غلام فيعصبها.

السادسة: أنها تحجب بكل غلام أعلى منها درجة، فتحجب بالابن، كما تحجب بنت ابن الابن بابن الابن وهكذا.

نص القانون:

المادة ٢٦٩: مع مراعاة حكم المادة ٢٧٧ (وهي المتعلقة بالعصبات).

٢ ـ لبنات الابن الفرض المتقدم ذكره (الوارد في الفقرة الأولى من هذه المادة وهي المتعلقة بإرث البنات) عند عدم وجود بنت ابن أعلى منهن درجة.

٣ ـ لهن ولو تعددن السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة.

---

(١) رواه الجماعة إلا مسلماً والبخاري.

هذا وقد قدمنا في أبحاث الوصية من هذا الكتاب أن القانون جعل الوصية الواجبة للحفيد المحروم، فيأخذ مثل نصيب أبيه كما لو كان حياً (انظر المادة ٢٥٧ من القانون)، فما نذكره هنا إنما هو قول جمهور الفقهاء من حيث الإرث وما يأخذه الحفدة المحرومون وفقاً للقانون، إنما يأخذونه من باب الوصية الواجبة لا من باب الإرث.

مسائل:

١ ـ مات عن: بنت، بنت ابن، أب.

للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وللأب السدس بالفرض، والباقي بالتعصيب.

٢ ـ مات عن: بنت ابن، وابن ابن.

هما عصبة تقتسمان المال للذكر مثل حظ الأنثيين.

٣ ـ مات عن: بنت، بنت ابن، ابن ابن ابن.

للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، ولابن ابن الابن الباقي، لأنه عصبة.

٤ ـ مات عن: بنتين، وبنت ابن، ابن ابن ابن.

للبنتين الثلثان، ولبنت الابن مع ابن ابن الابن الباقي، فإنها تصير عصبة بمن دونها إذا كانت تحتاج إليه كما في هذه المسألة ويسمى بالغلام المبارك، ولا تكون عصبة بمن دونها إذا كانت لا تحتاج إليه كما في المسألة السابقة، بل تأخذ نصيبها، ثم يكون له الباقي.

٥ ـ مات عن: زوج، أب، أم، بنت، بنت ابن، ابن ابن.

للزوج الربع، وللأب السدس، وللأم السدس، وللبنت النصف، ولا شيء لبنت الابن لأنها صارت عصبة مع أخيها، ولم يبق لهما شيء، ولو كانت وحدها أخذت السدس، فوجود أخيها معها حرمها من الميراث، وهذا يسمى بالغلام المشؤوم، وهذا وفق قواعد المواريث، أما في القانون فيأخذان بالوصية الواجبة.

٦ ـ مات عن: بنتين، بنت ابن، ابن ابن.

للبنتين الثلثان، ولبنت الابن وابن الابن الباقي، ولولا وجود ابن الابن لما

ورثت بنت الابن شيئاً، لأنها لا شيء لها مع البنتين، ولكن وجود أخيها معها جعلها عصبة فتأخذ معه الثلث وهو الباقي، وهذا هو الغلام المبارك كما سبق.

١٠ ـ الأخوات الشقيقات:

إذا كان الإخوة والأخوات أشقاء من أب وأم، سموا: (**أولاد الأعيان**) لأنهم أكمل أنواع الجنس، فكأنهم من ذاته وعينه، وإذا كانوا لأب سموا: (**أولاد العلات**) لأنهم من نسوة علات أي ضرائر، وإذا كانوا لأم، سموا: (**أولاد الأخياف**) لأنهم من أصول مختلفة، ومنه قولك: (فرس أخيف) إذا كانت إحدى عينيه زرقاء، والأخرى كحلاء.

وقد ورد في توريث الأخوات الشقيقات قوله تعالى:
﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦].

وقد تقدم معنا أن الكلالة هو أن يموت الرجل وليس له ولد ولا والد، وعلى ذلك يكون للأخوات الشقيقات الحالات التالية:

الأولى: للواحدة النصف إذا انفردت وليس من يحجبها من أب أو ابن أو ابن ابن.

الثانية: للاثنتين فأكثر، الثلثان إذا كن منفردات وليس من يحجبهن.

الثالثة: أن يكون مع الأخت أو الأخوات أخ شقيق أو أكثر، فيعصبهن للذكر مثل حظ الأنثيين.

الرابعة: أن تصبح الأخت الشقيقة أو الأخوات عصبة مع البنات، فإذا ترك بنتاً وأختاً شقيقة، كان للبنت النصف، والباقي للأخت، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة**».

وقد خالف في ذلك الظاهرية والشيعة الإمامية، فقالوا: إن الأخت لا تصير عصبة بالبنت ولا ترث معها شيئاً ويرد الباقي على البنت إذا انفردت.

الخامسة: أنهن يحجبن بالفرع الوارث الذكر، وهو الابن وابن الابن وإن نزل، ويحجبن بالأب اتفاقاً، وبالجد عند أبي حنيفة، خلافاً للجمهور، ولما نصت عليه المادة ٢٧٩، وقد ذكرناها عند بحث ميراث الجد.

مسائل:

١ ـ مات عن: أم، وأخت شقيقة، وزوجة.

للأم الثلث، وللأخت الشقيقة النصف، وللزوجة الربع، وفي هذه المسألة عول سيأتي معنا بحثه.

٢ ـ ماتت عن: ابن، وأخت شقيقة، وأب.

للأب السدس، ولا شيء للأخت الشقيقة لأنها محجوبة بالأب والابن، والباقي للابن.

٣ ـ ماتت عن: زوج، أم أب، أب أب، أخت شقيقة.

للزوج النصف، ولأم الأب السدس، وللأخت الشقيقة النصف، وللجد السدس وفي المسألة عول.

٤ ـ مات عن: بنت، وأخت شقيقة، وأم.

للأم السدس، وللبنت النصف، وللأخت الشقيقة الباقي، لأنها عصبة مع البنت.

٥ ـ مات عن: بنت، بنت ابن، أخت شقيقة، أخ شقيق.

للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين، والباقي للأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين.

١١ ـ الأخوات لأب:

للأخوات لأب ست حالات:

الأولى: النصف للواحدة إذا انفردت، أخذاً من الآية التي سقناها في الدليل على توريث الأخوات الشقيقات، وكما يراد من الأخت، الأخت لأب وأم، يراد منها الأخت لأب أيضاً، إلا أنها عند التوريث تقدم الأخت الشقيقة عليها لقوة القرابة، وأيضاً فقد انعقد الإجماع على أن الأخوات لأب عند عدم وجود الأخوات الشقيقات، يأخذن مكانهن في الميراث، وقد علمت أن الأخت الشقيقة تأخذ النصف إذا انفردت، فكذا الأخت لأب تأخذ النصف عند عدم وجود الأخت لأب وأم.

الثانية: الثلثان للاثنتين فأكثر، كما هو شأن الأختين الشقيقتين.

الثالثة: أن تكون الأخوات لأب عصبة مع الأخ لأب، فيأخذن ما بقي من التركة عن أصحاب الفروض، أو كل التركة إذا انفردوا، للذكر مثل حظ الأنثيين.

الرابعة: أن يصرن عصبة مع البنت أو بنت الابن، فيأخذن الباقي، كشأن الأخوات الشقيقات مع البنات، للحديث السابق: «**إجعلوا الأخوات مع البنات عصبة**».

الخامسة: أن يأخذن السدس مع الأخت الشقيقة تكملة للثلثين.

السادسة: أن يسقطن بالأب اتفاقاً وبالجد عند أبي حنيفة، خلافاً للجمهور والقانون كما تقدم في بحث ميراث الجد، وبالفرع المذكر وبالأخ الشقيق وبالأختين الشقيقتين إلا إذا كان معهن أخ لأب فيعصبهن. وبالأخت الشقيقة إذا كانت عصبة مع البنت فلا ترث ولو كان معها أخ لأب.

والحاصل أن للأخوات لأب مع الأخوات الشقيقات نفس الوضع الذي لبنات الابن مع البنات الصلبيات.

نص القانون:

ذكر القانون الأحوال الستة في مواد متفرقة نذكرها فيما يلي:

مادة ٢٧٠: مع مراعاة حكم المادتين ٢٧٧، ٢٧٨.

٢ ـ للأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره (وهو فرض الأخوات الشقيقات) عند عدم وجود أخت شقيقة. أما المادة ٢٧٧ فتفيد تعصيبها مع أخيها، وأما المادة ٢٧٨ فتنص على اعتبارها عصبة مع البنات.

مسائل:

١ ـ مات عن: أم، وبنت، وأخت شقيقة، وأخت لأب.

للأم السدس، وللبنت النصف، وللأخت الشقيقة الباقي، ولا شيء للأخت لأب لسقوطها بالأخت الشقيقة لأنها أقوى منها فلا ترث منها ولو كان معها أخ لأب.

٢ ـ مات عن: أختين شقيقتين، وأختين لأب، وأخ لأب.

للأختين الشقيقتين الثلثان، وللأختين لأب والأخ لأب الباقي لأنهن صرن عصبة به، ولولا وجوده لسقطت الأختان لأب، لأنهن يحجبن بالشقيقتين.

٣ ـ مات عن: زوجة، بنت، أخت لأب.

للزوجة الثمن، وللبنت النصف، والباقي للأخت لأب، لأنها تصبح عصبة مع البنت.

٤ ـ ماتت عن: بنت، وأخ شقيق، وأخت لأب.

للبنت النصف، والباقي للأخ الشقيق لأنه عصبة، ولا شيء للأخت لأب لأنها محجوبة به.

الأخت الأم:

تقدم بيان نصيبها وأحوالها عند الكلام على الإخوة لأم، لأن الذكر والأنثى سواء في الإخوة لأم كما تقدم.

جـ ـ خلاصة للفروض ومستحقيها

الفروض كما رأيت لا تخرج عن: النصف والربع والثمن، والثلثين والثلث والسدس، ولكل فرض عدد من الورثة يشتركون فيه بحسب أحوالهم التي مرت.

النصف:

النصف فرض خمسة:

١ ـ الزوج عند عدم الفرع الوارث ذكراً كان أم أنثى.

٢ ـ البنت إذا لم يكن معها ابن.

٣ ـ بنت الابن وإن نزلت إذا لم يكن معها بنت، أو لم تكن هنالك بنت ابن أعلى منها.

٤ ـ الأخت الشقيقة، عند فقد البنت وبنت الابن والأخ الشقيق والأب والجد عند أبي حنيفة خلافاً للجمهور والقانون.

٥ ـ الأخت لأب عند فقد الأخت الشقيقة والأخ لأب والأخ الشقيق والأب والجد عند أبي حنيفة، والبنت وبنت الابن والابن.

الربع:

والربع فرض اثنين من الورثة:

١ ـ الزوج عند وجود الفرع الوارث ذكراً كان أم أنثى.

٢ ـ الزوجة عند عدم الفرع الوارث ذكراً كان أم أنثى.

الثمن:

والثمن فرض الزوجة عند وجود الفرع الوارث.

الثلثان:

والثلثان فرض أربعة من الورثة:

١ ـ للبنتين فأكثر عند عدم الابن.

٢ ـ لبنتي الابن فأكثر عند عدم البنت أو الابن أو ابن الابن.

٣ ـ للأختين الشقيقتين عند عدم الأخ الشقيق والبنت والابن وابن الابن وإن نزل، والأب والجد عند أبي حنيفة.

٤ ـ للأختين لأب عند عدم الابن والبنت وابن الابن وإن نزل، والأخ الشقيق والأخ لأب والأختين الشقيقتين، والأب والجد عند أبي حنيفة.

الثلث:

الثلث فرض اثنين من الورثة:

١ ـ للأم ثلث الكل عند عدم الفرع الوارث أو اثنين أو اثنتين من الإخوة أو الأخوات من أية جهة كانوا، وثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين مع الأب.

٢ ـ للاثنين مع الإخوة والأخوات لأم عند عدم وجود الفرع الوارث والأب والجد.

السدس:

والسدس فرض سبعة من الورثة:

١ ـ الأب عند وجود الفرع الوارث.

٢ ـ الجد عند وجود الفرع الوارث وعدم الأب.

٣ ـ الجد عند وجود الفرع الوارث أو اثنين فأكثر من الإخوة والأخوات.

٤ ـ الجدة الصحيحة عند عدم الأم.

٥ ـ بنات الابن مع البنت عند عدم الابن أو ابن الابن.

٦ ـ الأخت لأب مع الأخت الشقيقة إذا لم يكن معها أخ لأب.

٧ ـ ولد الأم عند فقد الفرع الوارث والأب والجد.

الباب الرابع

الإرث عن طريق التعصيب

ويتضمن المباحث التالية:

أ ـ العصبة السببية ودليل مشروعيتها.

ب ـ العصبة النسبية ودليل مشروعيتها.

ج ـ أقسام العصبة النسبية.

أ ـ العصبة السببية

معنى «العصبة»:

العصبة في «اللغة» هم القرابة الذكور الذين يدلون إلى الرجل بالذكورة، وهو جمع عاصب، مثل ظلمة جمع ظالم، وسمي أقرباء الرجل عصبة لأنهم يحيطون به للنصرة والحماية؛ ومنه قولهم: عصب القوم بالرجل أي أحاطوا به لقتال أو دفاع، ولفظ العصبة في الأصل جمع، ويطلقها الفقهاء على الواحد لأنه يقوم مقام الجماعة في إحراز جميع المال.

والعصبة في علم «المواريث» هم: كل من يحوز التركة إذا انفرد بها، أو يحوز ما أبقاه أصحاب الفرائض، وإذا لم يبق عنهم شيء فلا يرث شيئاً، فهم في المرتبة بعد أصحاب الفرائض أي يعطى أصحاب الفروض أولاً، ثم يعطى الباقي للعصبة، للذكر مثل حظ الأنثيين.

أقسام العصبة:

تنقسم العصبة إلى قسمين: عصبة نسبية، وعصبة سببية.

١ ـ فأما العصبة السببية فهي عصبة المعتق لمن أعتقه، فهو يرثه إن لم يكن له وارث صاحب فرض ولا عصبة نسبية. ولا نريد البحث عنها في هذه المحاضرات، لأنها أصبحت الآن بحثاً تاريخياً لا يحتاج إليه إلا المتخصصون في البحوث الفقهية.

ب ـ العصبة النسبية

٢ ـ وأما العصبة النسبية، فهم أقارب الميت الذكور ـ ومن ينزلون منزلتهم أو يلحق بهم ـ والذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى، كالابن والأب والأخ والعم، والبنت وأخيها، والأخت مع البنت، وهكذا.

مشروعية الإرث بالتعصيب:

وقد دل الكتاب والسنة على مشروعية الإرث بالتعصيب.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] ثم بين نصيب الأب والأم، فدل على أن الأولاد يأخذون الباقي بعد نصيب الأم والأب، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وقال تعالى أيضاً: ﴿وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] دل هذا على أن جهة الإخوة من جهات العصبة النسبية.

كما دلت الآيتان على أن صاحبة الفرض من الإناث تصبح عصبة بأخيها، وحكمة ذلك الاحتفاظ بالنسبة التي قررها الشارع بين الذكر والأنثى، إذ لو أخذت البنت أو الأخت فرضها مع وجود أخيها، لأدى ذلك إلى أن تأخذ أكثر منه أو أن لا يأخذ شيئاً.

أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: «**ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر**»[1] والمراد بالأولوية أولوية القرابة، أي أقرب رجل ذكر، والقرب بالنسب، والنسب من جهة الأب، فالحديث يثبت التعصيب لكل قريب من الرجال يتصل بالميت اتصالاً نسبياً عن طريق الرجال، فلا تكون النساء طريقاً إلى التعصيب، ويدل الحديث أيضاً على أنه إذا تعدد العصبات لوحظ بينهم الترجيح بالقرب من الميت في الدرجة إذا اختلفت الدرجات، أو بقوة القرابة إذا كان العصبة من درجة واحدة.

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

جـ ـ أقسام العصبة النسبية

تنقسم العصبة النسبية إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ العصبة بالنفس:

وهم كل ذي نسب ليس بينه وبين الميت أنثى، وهم أربعة أنواع بحسب جهة القرابة.

النوع الأول: جهة البنوة وهم فرع الوارث كالابن وابن الابن وإن نزل، ما دامت لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى.

النوع الثاني: جهة الأبوة وهم الأصل الوارث كالأب والجد ممن لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى.

النوع الثالث: جهة الإخوة وهم فروع أبي الميت، الإخوة وأبناؤهم ممن لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى.

النوع الرابع: جهة العمومة وهم فروع جد الميت الذكور: الأعمام وأبناؤهم ممن لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى.

قاعدة توريث العصبة بالنفس:

توريث هؤلاء العصبة يقوم على المبادئ التالية:

أ ـ لا يرث واحد من أفراد النوع المتأخر ما دام هناك أفراد من النوع الذي قبله، فلا يرث الآباء بالتعصيب مع وجود الأبناء، ولا الإخوة مع وجود الآباء، ولا الأعمام مع وجود الإخوة.

ب ـ إذا اتحدت جهة القرابة، وكان العصبة من نوع واحد، كالبنوة أو الأبوة، فلا يرث الأدنى مع وجود الأقرب، وبعبارة أخرى لا يرث من أدلى إلى الميت بواسطة، مع وجود تلك الواسطة، فلا يرث الجد مع وجود الأب ولا ابن

الابن مع وجود الابن، ولا ابن الأخ مع وجود الأخ، ولا ابن العم مع وجود العم.

جـ - إذا اتحدت جهة القرابة ودرجتها، ولكن اختلفت في القوة، قدم الأقوى قرابة على غيره، فمن كان قريباً لأبوين، قدم على من كان قريباً لأب واحد، كالأخ الشقيق فإنه يقدم على الأخ لأب لقوة قرابته.

٦ - إذا اتحدت الجهة والدرجة والقوة استحقوا جميعاً الميراث، وكانوا في التعصيب سواء كثلاثة أبناء، أو ثلاثة إخوة، قسم المال بينهم بالتساوي.

٢ - العصبة بالغير:

وهي كل أنثى ذات فرض وجد معها ذكر من درجتها، فإنها تصير عصبة به كالبنت مع الابن، والأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق، ويشترط اتحاد الدرجة وقوة القرابة، فلا تكون الأخت الشقيقة عصبة مع الأخ لأب، لأنه أضعف منها قرابة، كما لا تكون الأخت الشقيقة عصبة مع ابن الأخ الشقيق، لأنه أدنى منها درجة.

واستثني من قاعدة اتحاد الدرجة، بنات الابن مع ابن ابن الابن، فإنهن يكن عصبة به إذا احتجن إليه ولو كان أدنى منهن درجة، لأنه لو لم يعصبها لأدى ذلك إلى أن تأخذ بنت ابن الابن بأخيها «ابن ابن الابن» وتحرم بنت الابن، مع أن هذه أقرب درجة من تلك، فتفادياً لمثل هذه الحالة، جعلت بنت الابن عصبة بمن هو أدنى منها درجة من الأبناء الذكور إذا احتاجت إليه، أما إذا لم تحتج إليه فلا يعصبها، كما إذا كانت بنت ابن مع البنت، فإنها ترث هنا وتأخذ السدس دون حاجة إلى من يعصبها، وبخلاف بنت الابن مع البنتين، فإنها لولا ابن الابن لما ورثت شيئاً. وقد مرت هذه المسألة.

والعصبة بالغير، لا تكون إلا ممن فرضهن النصف أو الثلثان فينحصر في أربع:

١ - البنات مع الابن.

٢ - بنات الابن مع ابن الابن أو مع الأدنى منهن إذا احتجن إليه.

٣ - الأخوات الشقيقات مع الأخ الشقيق..

٤ - الأخوات الأب مع الأخ لأب.

ومما تقدم تعلم أن الأنثى التي لا فرض لها، لا تكون عصبة مع أخيها، فلا ترث العمة مع العم، ولا بنت العم مع ابن العم، ولا بنت الأخ مع ابن الأخ، لأنهن لسن من ذوات الفروض.

٣ ـ العصبة مع الغير:

وهي كل أنثى احتاجت في عصوبتها إلى أنثى، وليس ذلك إلا للأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات أو بنات الابن، للحديث السابق: «**اجعلوا البنات مع الأخوات عصبة**».

نص القانون:

المادة ٢٧٤:

١ ـ إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة، كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب.

٢ ـ العصبة من النسب ثلاثة أنواع:

أ ـ عصبة بالنفس.

ب ـ عصبة بالغير.

ج ـ عصبة مع الغير.

المادة ٢٧٥:

للعصوبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:

١ ـ البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل.

٢ ـ الأبوة وتشمل الأب والجد العصبي وإن علا.

٣ ـ الإخوة وتشمل الإخوة لأبوين والإخوة لأب وأبناءهما وإن نزلوا.

٤ ـ العمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العصبي وإن علا، وأبناء من ذكروا وإن نزلوا.

المادة ٢٧٦ :

١ ـ إذا اتحدت العصبة بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت.

٢ ـ إذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بقوة القرابة فمن كانت قرابته من الأبوين قدم على من كانت قرابته من الأب فقط.

٣ ـ إذا اتحدوا في الجهة والقرابة والقوة كان الإرث بينهم على السواء.

المادة ٢٧٧ :

١ ـ العصبة بالغير هن:

أ ـ البنات مع الأبناء.

ب ـ بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهن مطلقاً أو كانوا أنزل منهن إذا لم يرثن بغير ذلك.

جـ ـ الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب.

٢ ـ يكون الإرث بينهم في هذه الحالة للذكر مثل حظ الأنثيين.

المادة ٢٧٨ :

١ ـ العصبة مع الغير هن:

الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو أبناء الابن وإن نزل، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض.

٢ ـ في هذه الحالة تعتبر الأخوات لأبوين كالإخوة لأبوين، وتعتبر الأخوات لأب كالإخوة لأب، ويأخذن أحكامهم بالنسبة لباقي العصبات في التقديم بالجهة والدرجة والقوة.

المادة ٢٧٩ :

١ ـ إذا اجتمع الجد العصبي مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب فإنه يقاسمهن كأخ إن كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث.

٢ ـ إذا كان الجد مع أخوات لم يعصبن بالذكور ولا مع الفرع الوارث من

الإناث فإنه يستحق الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب.

٣ ـ على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض السدس.

٤ ـ ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب.

وقد تقدم شرح هذا المادة في بيان أحوال الجد.

مسائل:

١ ـ مات عن: أب، وابن، وبنت، وأخت شقيقة.

للأب السدس فقط، ولا شيء له من التعصيب لوجود الابن، وللابن والبنت الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء للأخت الشقيقة لسقوطها بالابن والأب.

٢ ـ مات عن: جد، وبنت، وأخ شقيق.

للبنت النصف، والباقي للأخ والجد.

٣ ـ ماتت عن: زوج، وأخ لأم، وأخ شقيق، وأخت شقيقة.

للزوج النصف، وللأخ لأم السدس، والباقي للأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين.

٤ ـ مات عن: بنت، بنت ابن، ابن ابن، ابن ابن ابن.

للبنت النصف، ولبنت الابن مع ابن الابن الباقي، ولا شيء لابن ابن الابن.

٥ ـ مات عن: بنت ابن، أخت لأب، عمة.

لبنت الابن النصف، وللأخت لأب الباقي، لأنها أصبحت عصبة مع البنت ولا شيء للعمة.

الباب الخامس

في الحجب وأقسامه

ويتضمن المباحث التالية:

أ ـ معنى الحجب.

ب ـ الفرق بين الحجب والحرمان.

جـ ـ أحكام الحجب.

د ـ أقسام الحجب.

هـ ـ أحوال الورثة في الحجب.

أ ـ معنى الحجب

الحجب في «**اللغة**» هو المنع، ومنه الحجاب اسم لما يستر به الشيء.

وهو في «**الاصطلاح**»: منع شخص معين قام به سبب من أسباب الإرث من كل الإرث أو بعضه لوجود شخص آخر.

فقولنا قام به سبب الإرث، أخرج الأجنبي، فإنه لا يقال عنه محجوب من الإرث إذ لم يقم به سبب من أسباب الإرث.

وقولنا من كل الإرث أو بعضه إشارة إلى نوعي الحجب كما سيأتي معنا.

وقولنا لوجود شخص آخر أخرج الحرمان، لأنه يكون لمانع من موانع الإرث.

ب ـ الفرق بين الحجب والحرمان

الحجب غير الحرمان، فالحرمان هو منع شخص من الإرث لقيام مانع يمنعه من استحقاق الميراث مع قيام سببه، كالولد القاتل، فإن سبب الإرث وهو القرابة قائم به، ولكنه منع من الميراث لوجود القتل منه.

أما الحجب، فإنه المنع من الميراث ـ كلاً أو بعضاً ـ ليس لفقدان سبب الإرث ولا لمانع يمنع منه، بل لوجود شخص أقرب منه إلى الميت.

جـ ـ أحكام الحجب

المحروم لا يحجب غيره، بل يعتبر كأنه لم يكن، فمن مات عن ولد قاتل وزوجة وأب، كان للزوجة الربع ـ كأنه ليس للميت ولد ـ وللأب التعصيب المطلق كما في حال فقد الولد تماماً، ومن مات عن أم وأب وولد قاتل فالأم لها الثلث ولو وجد الولد لأنه محروم فلا يعتبر موجوداً وللأب الباقي.

أما المحجوب فإنه يحجب غيره ويعتبر موجوداً، فمن مات عن أب وأم وأخوين شقيقين، كان للأم السدس لوجود الأخوين الشقيقين مع أنهما محجوبان بالأب. وكذلك من مات عن أم وأخ شقيق وأخ لأب، كان للأم السدس لوجود

الأخ لأب والأخ الشقيق، ولو كان الأخ لأب محجوباً بالأخ الشقيق، وهكذا.

د ـ أقسام الحجب

الحجب نوعان:

١ ـ حجب حرمان، وهو أن يمنع الوارث من الإرث أصلاً كابن الابن يحجب بالابن، والأخ لأم يحجب بالأب.

٢ ـ حجب نقصان، وهو أن ينقص فرضه من سهم إلى سهم لوجود شخص آخر، كالأم مع وجود الابن تحجب من الثلث إلى السدس، ولولاه لأخذت الثلث.

هـ ـ أحوال الإرث في الحجب

الورثة نوعان: نوع لا يحجب حجب حرمان بحال من الأحوال وهم ستة:

من لا يحجب حجب حرمان:

الأب، الابن، الزوج، الأم، البنت، الزوجة.

من يحجبون حجب حرمان:

ونوع يحجبون حجب حرمان وهم ستة:

الجد، أولاد الأم، الأخوات الشقيقات، الجدة، بنات الابن، الأخوات لأب.

من يحجبون حجب نقصان:

والذين لا يحجبون حجب حرمان، يرد عليهم حجب النقصان أي نقصان أسهمهم لوجود آخرين.

وإليك أحوال الورثة جميعاً بالنسبة إلى الحجب:

الزوج:

يحجب حجب نقصان من النصف إلى الربع عند وجود الفرع الوارث.

الزوجة:

تحجب حجب نقصان من الربع إلى الثمن عند وجود الفرع الوارث.

الجد:

يحجب حجب حرمان بوجود الأب، ولا يحجب حجب نقصان.

الأم:

تحجب حجب نقصان من الثلث إلى السدس، عند وجود الفرع الوارث، أو الاثنين فأكثر من الإخوة والأخوات من أية جهة كانوا.

وتحجب حجب نقصان من ثلث الكل إلى ثلث الباقي في مسألة الأب وأحد الزوجين.

الجدة:

تحجب حجب حرمان بوجود الأم، ولا تحجب حجب نقصان.

أولاد الأم:

يحجبون حجب حرمان بالفرع الوارث وبالأب والجد اتفاقاً، ولا يحجبون حجب نقصان.

بنات الابن:

يحجبن حجب حرمان بالبنتين الصلبيَّتين إذا لم يكن معهن عاصب، وبكل غلام هو أعلى منهن.

ويحجبن حجب نقصان مع البنت الصلبية، فيأخذن معها السدس بعد أن كانت الواحدة تأخذ النصف والبنتان فأكثر، الثلثين.

الأخوات الشقيقات:

يحجبن حجب حرمان بالفرع الوارث المذكر، وبالأب اتفاقاً ولا يحجبن بالجد خلافاً لأبي حنيفة، ولا يحجبن حجب نقصان.

الأخوات لأب:

يحجبن حجب حرمان بالفرع الوارث المذكر، وبالأب اتفاقاً، ولا يحجبن بالجد خلافاً لأبي حنيفة، وبالأخ الشقيق، وبالاختين الشقيقتين، إذا لم يكن معهن أخ لأب يعصبهن.

ويحجبن حجب نقصان مع الأخت الشقيقة.

نص القانون:

المادة ٢٨١:

١ ـ الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر.

٢ ـ المحجوب يحجب غيره:

المادة ٢٨٢:

المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحداً من الورثة.

المادة ٢٨٣:

١ ـ تحجب الجدة الثابتة بالأم مطلقاً، والجدة البعيدة بالجدة القريبة، والجدة لأب بالأب.

٢ ـ الجد العصبي يحجب الجدة إذا كانت أصلاً له.

المادة ٢٨٤:

يحجب أولاد الأم بالأب وبالجد العصبي وإن علا، وبالولد وولد الابن وإن نزل.

المادة ٢٨٥:

١ ـ يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة.

٢ ـ يحجبها أيضاً بنتان أو بنتا ابن أعلى منها درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقاً لحكم المادة ٢٧٧:

المادة ٢٨٦:

يحجب الأخت لأبوين كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل.

المادة ٢٨٧:

يحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل كما يحجبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين، إذا كانت عصبة مع غيرها. طبقاً لحكم المادة ٢٧٨، والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب.

الباب السادس

ويتضمن المباحث التالية:

أ ـ أصول المسائل وتصحيحها.

ب ـ العول.

جـ ـ الرد.

أ ـ أصول المسائل وتصحيحها

أصول المسائل:

علمت فيما مضى أن الفروض ستة وهي تنقسم إلى قسمين:

النصف	الثلثان
الربع	الثلث
الثمن	السدس

ونبحث الآن في أصول المسائل لمعرفة سهام كل وارث من غير كسر.

وإليك مبادئ استخراج أصول المسائل كما يذكرها علماء الفرائض، وإن كان من السهل عليك معرفتها عن طريق القواعد الحسابية، وهي قاعدة المضاعف البسيط.

١ ـ مخرج كل فرض سميه، فمخرج الثلث ثلاثة، والربع أربعة، وهكذا ما عدا النصف فإن مخرجه اثنان.

٢ ـ إذا كان في المسألة صاحب فرض واحد، فأصلها مخرج ذلك الفرض، كأب وأم، للأم الثلث، وللأب الباقي، وأصل المسألة من: ٣ تأخذ الأم ١، ويأخذ الأب الباقي وهو ٢.

٣ ـ إذا اجتمع في المسألة اثنان من أصحاب الفرائض، وكانا من صنف واحد كالنصف والربع، أو الثلث والسدس، فأصل المسألة هو المخرج الذي يتناول ضعفه وضعفي ضعفه، فالستة مخرج السدس والثلث والثلثين، والثمانية مخرج الثمن والربع والنصف.

فإذا مات عن: زوجة، وبنت، وعم.

فالمسألة من ثمانية، لوجود الثمن والنصف، للزوجة $\frac{١}{٨}$ هو ١، وللبنت $\frac{١}{٢}$ وهو ٤، وللعم الباقي وهو ٣.

وإذا مات عن: أم، وأخ لأم، وابن عم.

فالمسألة من ٦، للأم $\frac{١}{٣}$ وهو ٢، وللأخ لأم $\frac{١}{٦}$ وهو ١، والباقي لابن العم وهو ٣.

٤ ـ وإذا اجتمع في المسألة صاحب فرض من الصنف الأول، مع كل الصنف الثاني أو بعضه.

فإن كان النصف فالمسألة من: ٦.

وإن كان الربع فالمسألة من: ١٢.

وإن كان الثمن فالمسألة من: ٢٤.

وإليك الأمثلة:

١ ـ مات عن: بنت، أم، أخ شقيق.

المسألة من ٦، للبنت $\frac{١}{٢}$ وهو ٣، وللأم $\frac{١}{٦}$ وهو ١، وللأخ الباقي ٢.

٢ ـ مات عن: زوجة، أم، عم.

المسألة من ١٢، للزوجة $\frac{١}{٤}$ وهو ٣، وللأم $\frac{١}{٣}$ وهو ٤، وللعم الباقي ٥.

٣ ـ مات عن: زوجة، بنتين، أم، أخ.

المسألة من ٢٤، للزوجة $\frac{١}{٨}$ وهو ٣، للبنتين $\frac{٢}{٣}$ وهو ١٦، للأم $\frac{١}{٦}$ وهو ٤، وللأخ الباقي وهو ١.

ومما تقدم تعلم أن أصول المسائل لا تخرج عن:

٢، ٣، ٤، ٦، ٨، ١٢، ٢٤.

تصحيح المسائل:

قد لا تقبل السهام القسمة على مستحقيها إلا بكسر، فيجب تصحيح المسألة بأن يضرب أصل المسألة بجزء السهم وهو أقل عدد يمكن معه أن تنقسم السهام على الرؤوس من غير كسر، وذلك وفق القواعد التالية:

١ ـ إذا كان الانكسار في طائفة واحدة من الورثة، فينظر إلى النسبة بين السهام المنكسرة وعدد الرؤوس:

ـ فإن كان بينهما توافق أو تداخل، فجزء السهم هو حاصل قسمة عدد الرؤوس على القاسم المشترك الأعظم بينها وبين السهام.

مثل: مات عن: ٨ بنات، وأم، أصل المسألة من: ٣.

السهام: ٤، ١.

جزء السهم: $\frac{٨}{٤}$ = ٢ × ٥ وهو أصل المسألة = ١٠ وهو تصحيح المسألة.

للبنات ٤ × ٢ = ٨

للأم ٢ × ١ = ٢

ـ وإن كان بينهما تباين فجزء السهم هو عدد الرؤوس.

مثل: مات عن: ٥ بنات، أب، أصل المسألة: ٦.

$\frac{٢}{٣}$ $\frac{١}{٦}$ والتعصيب.

السهام: ٤ ٢

جزء السهم ٥ × ٦ وهو أصل المسألة = ٣٠ وهو تصحيح المسألة.

للبنات ٤ × ٥ = ٢٠

للأب ٢ × ٥ = ١٠

٢ ـ وإذا كان الانكسار في أكثر من طائفة، تأخذ جزء السهم لكل فرقة على حدة بالطريقة السابقة، ثم تضمه إلى أجزاء السهم بالنسبة للطوائف الأخرى، ثم تأخذ من أجزاء السهام سهماً مشتركاً بينها، بنفس الطريقة التي تأخذ بها جزء السهم بين عدد الرؤوس والسهام، فتضربه في أصل المسألة فيكون الناتج هو تصحيح المسألة، وإليك المثال:

مات عن: ٢ زوجة، ٣ أخوات، ٢ عمين، الأصل ١٢.

$\frac{١}{٤}$ $\frac{٢}{٣}$ ع

تقسيم السهام: ٣ ٨ ١

ننظر بين سهام كل طائفة ورؤوسها، فنجد بين عدد الزوجات وسهامهن تبايناً، فنأخذ عدد الزوجات كما هو ٢، ثم نجد بين عدد الأخوات وسهامهن تبايناً

أيضاً، فنأخذ عدد الأخوات كما هو ٣، ونجد بين العمين وبين سهامهما تداخلاً فنأخذ عدد الأعمام لأنه العدد الأكبر، فيكون الحاصل معنا: ٢، ٣، ٢ وحيث كان رقم ٢ مكرراً نكتفي برقم واحد فيبقى معنا: ٢، ٣، نجد بينهما تبايناً فنضرب أحدهما بالآخر، فينتج ٦، وهذا هو جزء السهم، نضربه في أصل المسألة ١٢ فينتج ٧٢، وهذا هو تصحيح المسألة، ثم نضرب سهام الزوجات بجزء السهم فيكون الحاصل نصيبهن وهو: ١٨، ثم نضرب سهام الأخوات بجزء السهم فيكون الحاصل نصيبهن وهو: ٤٨، ثم نضرب سهام الأعمام بجزء السهم فيكون الحاصل نصيبهم وهو: ٦، المجموع: ٧٢.

ب ـ العول

معنى «العول»:

هو في **«اللغة»** الجور والظلم وتجاوز الحد، يقال: عال الرجل إذا ظلم. وفي **«الاصطلاح»** زيادة مجموع السهام عن أصل المسألة، وهو بهذا المعنى عكس الرد كما سيأتي.

مشروعية العول:

أول من قال بالعول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد وقعت في عهده مسألة ضاق أصلها عن فروضها، فشاور الصحابة فيها، فأشار عليه زيد بن ثابت بالعول، وقيل: إن الذي أشار عليه هو العباس، فوافق ذلك رأي عمر وقال: والله ما أدري أيكم قدم الله وأيكم أخر، وما أجد شيئاً هو أوسع لي أن أقسم المال عليكم بالحصص، فأدخل على كل ذي حق ما دخل عليه من عول الفريضة، وقد وافقه الصحابة على هذا الرأي، وبه أخذ جمهور العلماء.

وخالفه ابن عباس بعد وفاته، وأنكر العول، فقيل له: لِمَ لَمْ تنكر ذلك في عهد عمر؟ فقال: هبته! وسئل عما يصنع بالفريضة إذا عالت، فقال: أدخل النقص على من هو أسوأ حالاً، وهم البنات والأخوات، فإنهن ينقلبن من فرض مقدر إلى فرض غير مقدر بالتعصيب.

وبقول ابن عباس قال الظاهرية والإمامية من الشيعة.

موقف القانون:

أخذ القانون بمذهب الجمهور في العول، وهذا نصه:

المادة ٢٧٣:

إذا زاد أنصباء الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبائهم في الإرث.

المسائل التي لا تعول:

قد علم بالاستقراء أن أربعة من أصول المسائل لا تعول مطلقاً وهي: ٢، ٣، ٤، ٨ وأن الأصول التي تعول، هي: ٦، ١٢، ٢٤.

عول الستة:

أما الستة فهي تعول إلى ٧، ٨، ٩، ١٠ وإليك الأمثال:

١ ـ ماتت عن: زوج، وأختين لأب وأم.

زوج	أختين لأب وأم	
١/٢	٢/٣	الأصل: ٦
٣	٤	العول: ٧

٢ ـ ماتت عن: زوج، وأختين شقيقتين، وأم.

زوج	أختين شقيقتين	أم	
١/٢	٢/٣	١/٦	الأصل: ٦
٣	٤	١	العول: ٧

٣ ـ ماتت عن: زوج، وأختين لأب، وأخوين لأم.

زوج	أختين لأب	أخوين لأم	
١/٢	٢/٣	١/٣	الأصل: ٦
٣	٤	٢	العول: ٩

٤ ـ ماتت عن: زوج، أخت شقيقة، أخت لأب، أخوين لأم، أم.

زوج	أخت شقيقة	أخت لأب	أخوين لأم	أم	
١/٢	١/٢	١/٦	١/٣	١/٦	الأصل: ٦
٣	٣	١	٢	١	العول: ١٠

عول «الاثنى عشر»:

أما الـ ١٢ فتعول إلى ١٣، ١٥، ١٧، وإليك الأمثلة:

١ ـ زوجة، شقيقة، أم، أخت لأم:

زوجة	شقيقة	أم	أخت لأم	
١/٤	١/٢	١/٦	١/٦	الأصل: ١٢
٣	٦	٢	٢	العول: ١٣

٢ ـ زوجة، شقيقة، أم، أخت لأم، أخت لأب.

زوجة	شقيقة	أم	أخت لأم	أخت لأب	
١/٤	١/٢	١/٦	١/٦	١/٦	الأصل: ١٢
٣	٦	٢	٢	٢	العول: ١٥

٣ ـ زوجة، أم، شقيقتين، أختين لأم.

زوجة	أم	شقيقتين	أختين لأم	
١/٤	١/٦	٢/٣	١/٣	الأصل: ١٢
٣	٢	٨	٤	العول: ١٧

عول الـ «٢٤»:

أما الـ ٢٤ فتعول إلى ٢٧ فقط، وذلك في مثل المسألة التالية:

مات عن: زوجة، أب، أم، بنتين.

زوجة	أب	أم	بنتين	
١/٨	١/٦	١/٦	٢/٣	الأصل: ٢٤
٣	٤	٤	١٦	العول: ٢٧

وتسمى هذه بالمسألة المنبرية، فقد سئل عنها علي رضي الله عنه وهو على منبر الكوفة، فأجاب عنها بديهة، فاعترض السائل بأن نصيب الزوجة الثمن فكيف تأخذ هنا أقل منه، وكان علي يخطب فيقول: الحمد لله الذي يحكم بالحق قطعاً، ويجزي كل نفس بما تسعى، وإليه المآب والرجعى، فأجاب فوراً على اعتراض السائل بقوله: «والمرأة صار ثمنها تسعاً» واستمر في خطبته، فعجب لسرعة بديهته.

مسائل:

١ ـ زوج، أب، بنتين.

زوج	أب	بنتين	
١/٤	١/٦	٢/٣	الأصل: ١٢
٣	٢	٨	العول: ١٣

٢ ـ زوج، أب، أم، بنتين.

زوج	أب	أم	بنتين	
١/٤	١/٦	١/٦	٢/٣	الأصل: ١٢
٣	٢	٢	٨	العول: ١٥

٣ - زوج، أخوين لأم، أخت شقيقة.

زوج	أخوين لأم	أخت شقيقة	
١/٢	١/٣	١/٢	الأصل: ٦
٣	٢	٣	العول: ٨

٤ - بنت، بنت ابن، أم، زوج.

بنت	بنت ابن	أم	زوج	
١/٢	١/٦	١/٦	١/٤	الأصل: ١٢
٦	٢	٢	٣	العول: ١٣

٥ - زوجة، ٣ شقيقات، ٣ إخوة لأم، جدة لأب، جدة لأم.

زوجة	٣ شقيقات	٣ إخوة لأم	جدة لأب، جدة لأم	
١/٤	٢/٣	١/٣	١/٦	الأصل: ١٢
٣	٨	٤	٢	العول: ١٧

٦ - زوج، أخت شقيقة، أم.

زوج	أخت شقيقة	أم	
١/٢	١/٢	١/٣	الأصل: ٦
٣	٣	٢	العول: ٨

٧ - زوج، ٢ أخت شقيقة، ٢ أخ لأم، أم.

زوج	٢ أخت شقيقة	٢ أخ لأم	أم	
١/٢	٢/٣	١/٣	١/٦	الأصل: ٦
٣	٤	٢	١	العول: ١٠

جـ ـ الرد

مذهب أبي حنيفة أنه إذا نقصت السهام عن أصل المسألة، وليس في الورثة عاصب يأخذ الباقي، رددنا الزائد على أصحاب الفروض بحسب انصبائهم، ما عدا الزوجين فإنهما لا يرد عليهما.

وقد جرى الخلاف في الرد بين الصحابة على مذاهب ثلاثة[1]:

مذهب عثمان:

فذهب عثمان بن عفان رضي الله عنه إلى الرد على أصحاب الفروض جميعاً بما فيهم الزوجان، لأن الغرم بالغنم، فحيث أجزنا النقص من سهامهم في العول من غير تفريق، وجب أن نرد عليهم الزيادة أيضاً من غير تفريق بين وارث ووارث.

مذهب زيد بن ثابت:

وذهب زيد بن ثابت رضي الله عنهما إلى أنه لا يرد على أحد من أصحاب الفروض، لأن الله قدر لكل وارث نصيبه، والرد زيادة على ما قدر الله فلا يجوز، وبهذا القول أخذ مالك والشافعي والزهري، فلا يرد على أحد من ذوي الفروض، بل يكون الزائد إلى من يأتي في الاستحقاق بعد العصبات، فإن لم يوجد فإلى بيت المال، ولكن متأخري فقهاء المالكية والشافعية أفتوا بالرد على ذوي الفروض إلا الزوجين، إذا كان بيت المال غير منتظم، أي إذا كان الإمام غير عادل، ولا يعطي من بيت المال ذوي الحقوق.

---

(١) هنالك قولان آخران لابن مسعود وابن عباس لم نذكرهما لأن المذاهب الثلاثة التي ذكرناها هي أشهر أقوال الصحابة في ذلك.

مذهب الإمام علي:

وذهب علي رضي الله عنه إلى أن أصحاب الفروض يرد عليهم جميعاً ما عدا الزوجين وحجته في ذلك:

١ ـ إن الله تعالى قال: ﴿ وَأُولُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ تنص هذه الآية على أن الأقرباء بعضهم أولى ببعض ممن عداهم، وقد أخذوا نصيبهم من الإرث لأنهم أقرب إلى الميت وأمس به رحماً، وقد بقيت منه بقية فهم أولى به من غيرهم، ولما كان الزوجان ليسا من الأقرباء، لم تشملهم الآية فلا يأخذان بالرد شيئاً.

٢ ـ جاء في السنة أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني تصدقت على أمي بجارية فماتت وبقيت الجارية، فقال عليه السلام: «**وجب أجرك ورجعت إليك الجارية في الميراث**» فجعل حقها في الجارية كلها، ولولا الرد لوجب لها نصفها فقط.

٣ ـ إن هذا المال الزائد عن ذوي الفروض، إذا لم يرد عليهم فإما أن يعطى إلى ذوي الأرحام ومن بعدهم، وإما أن يعطى إلى بيت المال، وكلا الأمرين غير صحيح، لأن ذوي الأرحام ـ وإن كانوا أقرباء للميت ـ يمتاز عليهم ذوو الفروض بأنهم أشد قرباً إليه منهم، فلا يصح إعطاء البعيد وحرمان من هو أقرب منه، ولأن بيت المال إنما يرد إليه مال من لا وارث له، ولم يعرف له صاحب كالضوائع، وللميت هنا أقارب يرثون بفرائض الله تعالى الذي جعل حياتهم امتداداً لحياته، فهم أولى به من بيت المال.

وبهذا القول قال أكثر الصحابة والتابعين وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله، وقد كان المعمول به قبل صدور قانوننا هذا.

موقف القانون:

وقد ذهب القانون من حيث المبدأ إلى ما ذهب إليه عثمان وعلي من الرد على ذوي الفروض. إلا أنه لم يأخذ بمذهب علي وأبي حنيفة وأحمد على إطلاقه، بل فرق في الرد على الزوجين: فإذا لم يوجد عصبة من النسب رد الباقي على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين بنسبة فروضهم (الفقرة الأولى من المادة ٢٨٨).

وإن لم يوجد عصبة من النسب ولا أحد من أصحاب الفروض ولا أحد من ذوي الأرحام، رد باقي التركة إلى أحد الزوجين (الفقرة الثانية من المادة المذكورة).

وهذا كما ترى تفصيل لم يقل به أحد من فقهاء الصحابة ولا أئمة المذهب الحنفي ولكنه على العموم متفق مع المذاهب القائلة بمشروعية الرد على جميع ذوي الفروض في بعض الحالات، ومع المذاهب التي تستثني الزوجين من الرد في حالات أخرى ومتفق أيضاً مع ما أفتى به متأخرو الحنفية من الرد على الزوجين «إذا لم يكن من الأقارب سواهما لفساد الإمام وظلم الحكام في هذه الأيام»[1].

ونرى أن هذا التفصيل معقول ومنسجم مع روح الشريعة، فإنه إذا لم يكن للميت وارث ذو فرض من الأقرباء ولا عصبة ولا ذو رحم، كان أحد الزوجين أحق بما بقي من المال بعد أخذ فرضه، من الغرباء عن الميت وخاصة بيت المال.

ولما كان قانوننا متبعاً في هذا الاجتهاد قانون الإرث المصري حيث سبق إلى النص على هذا التفصيل فإننا نرى من المناسب إيراد ما جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المصري بهذا الخصوص. قالت المذكرة:

«رئي من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوي الأرحام، فإذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية[2] ولا من العصبة النسبية ولا من ذوي الأرحام مع أحد الزوجين، أخذ كل التركة فرضاً ورداً، لأن صلة الزوجين في الحياة تقتضي بأن يكون لأحدهما في هذه الحالة الحق في مال الآخر بدلاً من المستحقين الآخرين. واقتصر في الأخذ بمذهب عثمان بن عفان على ما إذا لم يوجد مع الزوجين ذو فرض أو ذو رحم، محافظة على صلة القربى التي تربط الميت بقرابته بقسمة ماله بينهم وبين أحد الزوجين، قال الله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ

---

(١) ابن عابدين: ٥٠٢/٥ ولا يخفى أن هذا التعليق لا يصدق في زماننا لانتظام بيت المال وعدم تسلط الحكام عليه تسلطاً كيفياً، ومع ذلك فنحن نرى وجاهة ما ذهب إليه القانون لما ذكرناه.

(٢) ذكرنا في ص ٥١ أن التعبير بالنسبية هنا خطأ لأن هذا التعبير مأخوذ من الفقهاء إلا أن مورده في كتب الفقه غير مورده هنا. فعبارتهم «ويرد على ذوي الفروض النسبية» وذلك لإخراج الزوجين من الرد، أما في حال النص على الزوجين فيكفي القول: «ذوي الفروض».

ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ وكذلك رئي من المصلحة تقديم الرد على ذوي الفروض وتوريث ذوي الأرحام، والرد على غير العصبة من النسب، أخذاً برأي كثير من الصحابة، منهم عبد الله بن مسعود».

قاعدة الرد:

لا تخلو المسألة من أن يكون فيها من لا يرد عليه كالزوج أو الزوجة، أو لا يكون، وإليك التفصيل:

١ ـ أن لا يكون فيها من لا يرد عليه.

ـ فإن كان الورثة صنفاً واحداً فأصل المسألة عدد رؤوسهم، كما إذا مات عن ٧ بنات، فإن أصل المسألة من ٣، وحيث لا يوجد غيرهن وارثاً، تجعل أصل المسألة من ٧ بعدد رؤوسهن فيقتسمن المال، كل واحدة تأخذ $\frac{١}{٧}$.

ـ وإن كان الورثة صنفين فأكثر، فأصل المسألة مجموعة السهام التي يستحقونها مثل ما إذا مات عن:

أم ،	أخت شقيقة،	أخت لأب،	الأصل: ٦
$\frac{١}{٦}$ = ١	$\frac{١}{٢}$ = ٣	$\frac{١}{٦}$ = ١	المجموع: ٥

تجعل أصل المسألة من ٥، وتأخذ الأم $\frac{١}{٥}$، والشقيقة $\frac{٣}{٥}$، والأخت لأب $\frac{١}{٥}$.

٢ ـ أن يكون في الورثة من لا يرد عليه.

وتحته حالتان:

ـ أن يكونوا أكثر من صنف واحد، فيجعل أصل المسألة مخرج نصيب من لا يرد عليه، ويعطى فرضه، ثم يقسم الباقي على من يرد عليه بنسبة أنصبائهم وإذا احتاج الأمر إلى تصحيح بين السهام، والأنصباء، أو بين السهام وعدد الرؤوس، فقد علمت طريقة التصحيح من قبل.

مثال: مات عن: زوجة،	أم،	أخوين لأم،	الأصل: ١٢
$\frac{١}{٤}$ = ٣	$\frac{١}{٦}$ = ٢	$\frac{١}{٣}$ = ٤	المجموع: ٩

يجعل أصل المسألة من: ٤ وهو مخرج الربع نصيب الزوجة، ثم تعطى

الزوجة الربع وهو ١، والباقي وهو: ٣ يقسم بين الأم والأخوين بنسبة سدس إلى ثلث، فتعطى الأم ١، ويعطى الأخوان ٢، وبذلك يكون نصيب الأم $\frac{٣}{١٢}$ ونصيب الأخوين $\frac{٦}{١٢}$.

ولك أن تستعمل القواعد الحسابية المعروفة في قسمة ما بقي من السهام على أصحاب الفروض كل بحسب سهامه، ولكن طريقة الفرضيين أخصر وأقرب إلى المعرفة.

- أن يكون من يرد عليه صنفاً واحداً، فيأخذ من لا يرد عليه سهمه المقدر له، والباقي يأخذه من يرد عليه، ويقسم بينهم على عدد رؤوسهم إن تعددوا مثال:

ماتت عن: زوج، ٣ بنات، الأصل: ١٢.

$\frac{١}{٤}$ = ٣، $\frac{٢}{٣}$ = ٨، المجموع: ١١.

يعطى الزوج نصيبه وهو الربع، ثم نقسم الباقي وهو: $\frac{٣}{٤}$ على البنات الثلاث، كل واحدة تأخذ الربع. وهكذا.

مسائل:

١ - مات عن: بنت.

لها كل التركة، نصفها فرضاً ونصفها ردّاً.

٢ - مات عن: ٣ شقيقات.

لهن كل التركة فرضاً ورداً، لكل واحدة الثلث.

٣ - مات عن: أخت شقيقة، أخت لأب.

$\frac{١}{٢}$	$\frac{١}{٦}$	الأصل: ٦
٣	١	المجموع: ٤

تجعل أصل المسألة أربعة، تأخذ الأخت الشقيقة $\frac{٣}{٤}$ والأخت لأب $\frac{١}{٤}$.

٤ - مات عن: ٣ بنات، أم.

$\frac{٢}{٣}$	$\frac{١}{٦}$	الأصل: ٦
٤	١	المجموع: ٥

تجعل أصل المسألة خمسة، تأخذ البنات $\frac{٤}{٥}$، والأم $\frac{١}{٥}$

٥ ـ مات عن: زوجة، أم، أخ لأم.

زوجة	أم	أخ لأم	
$\frac{١}{٤}$	$\frac{١}{٣}$	$\frac{١}{٦}$	الأصل: ١٢
٣	٤	٢	المجموع: ٩

مخرج فرض الزوجة أربعة، فتأخذ الزوجة نصيبها وهو $\frac{١}{٤}$ والباقي وهو $\frac{٣}{٤}$ يقسم بين الأم والأخ لأم هكذا: للأم $\frac{٢}{٣}$ وللأخ لأم $\frac{١}{٣}$.

فيكون نصيب الأم من جميع المال النصف، ونصيب الأخ لأم الربع، ونصيب الزوجة الربع.

٦ ـ مات عن: زوجة، ٣ جدات، ٥ أخوات لأم

زوجة	٣ جدات	٥ أخوات لأم	
$\frac{١}{٤}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٣}$	الأصل: ١٢
٣	٢	٤	المجموع: ٩

نقسم الميراث بينهن هكذا:

أصل المسألة ٤ وهو مخرج فرض الزوجة، تأخذ الزوجة $\frac{١}{٤}$ فيبقى ثلاثة نقسمه بين الجدات والأخوات بحسب أنصبائهن، فيصبح التقسيم كما يلي:

الزوجة	، ٣ جدات	، ٥ أخوات لأم
١	١	٢

ثم ننظر فنجد بين رقم ٣ وهو عدد الجدات وبين رقم ١ وهو نصيبهن تبايناً، فنحتفظ برقم ٣، ثم نجد بين رقم ٥ وهو عدد الأخوات لأم وبين رقم ٢ وهو نصيبهن تبايناً أيضاً، فنحتفظ برقم ٥، ثم ننظر فنجد بين رقمي ٣ و٥ تبايناً فنضرب أحدهما بالآخر، فيكون الحاصل ١٥ نضربه بأصل المسألة وهو ٤ فيكون الحاصل: ٦٠ يعطى للزوجة الربع وهو ١٥، والباقي وهو ٤٥ يقسم أثلاثاً، للجدات ثلثه وهو ١٥، لكل واحدة ٥ أسهم، وللأخوات لأم الثلثان وهو ٣٠ لكل أخت ٦.

الباب السابع

في الإرث بحق الرحم

ويتضمن المباحث التالية:

١ ـ الخلاف في توريثهم.

٢ ـ تصنيفهم ودرجاتهم.

٣ ـ قواعد توريثهم.

أ ـ الخلاف في توريثهم

من هم ذوو الأرحام؟

قلنا في ص ٥٢ أنهم أقرباء الميت الذين ليسوا أصحاب فروض ولا عصبة، كالخالة والعمة وابن البنت والجد أبي الأم.

وقد جرى الخلاف بين العلماء في توريثهم حين فقد ذوي الفروض والعصبات:

مذهب أبي حنيفة وأحمد:

فذهب أبو حنيفة وأحمد بن حنبل رحمهما الله ـ وهو رأي علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس ـ إلى توريثهم.

وحجتهم في ذلك:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾ [الأنفال: ٧٥] ولا شك أن لفظ ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ﴾ كلمة عامة تشمل الأقارب جميعاً سواء كانوا ذوي فروض أو عصبات، أو لم يكونوا منهم، فمن ليس منهم من أقرباء الميت فهو داخل في الأولوية بالإرث، وبذلك يكون أولى من بيت المال، لأنه للمسلمين جميعاً.

وأيضاً: فقد قال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧] وذوو الأرحام من الأقربين فيكون لهم نصيب في الميراث.

ثانياً: قوله عليه الصلاة والسلام: «**ابن أخت القوم منهم**»[1].

---

(١) رواه البخاري ومسلم.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**من ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له، أعقل**[١] **عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه**»[٢].

ثالثاً: ما ثبت من الوقائع في عهد رسول الله ﷺ والصحابة من بعده من توريث ذوي الأرحام.

فقد مات ثابت بن دحداح في حياة النبي ﷺ وكان ثابت غريباً لا يعرف ممن هو؟ فقال ﷺ لعاصم بن عدي: «**هل تعرفون له فيكم نسباً؟**» قال: لا يا رسول الله، فدعا ابن أخته لبابة بن المنذر فأعطاه ميراثه[٣].

وعن أبي أمامة بن سهل: أن رجلاً رمى رجلاً ـ وهو سهل بن حنيف ـ فقتله، وليس له وارث إلا خاله، فكتب في ذلك أبو عبيدة إلى عمر، فكتب عمر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «**الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له**»[٤].

وروي عن عمر في رجل مات وترك عمّاً لأم وخالاً، فأعطى العم الثلثين وأعطى الخال الثلث.

وقضى عبد الله بن مسعود فيمن ترك عمة وخالة: بأن للعمة الثلثين وللخالة الثلث، فهذا يدل على توريث ذوي الأرحام كما رأيت.

مذهب مالك والشافعي:

وذهب مالك والشافعي[٥] **رحمهما الله إلى أن ذوي الأرحام لا يرثون، فإذا مات عن غير ذي فرض ولا عصبة وله ذوو أرحام ردت التركة إلى بيت المال، وهذا هو مذهب زيد بن ثابت من الصحابة ورواية شاذة عن ابن عباس، وبه قال من الفقهاء الأوزاعي وأبو ثور، وداود وابن جرير الطبري.**

---

(١) المراد بالعقل هنا دفع دية القتيل خطأ.
(٢) رواه أحمد وأبو داود وغيرهما.
(٣) المغني: ٧/ ٨٥ ثم قال: ورواه أبو عبيد في الأموال إلا أنه قال: ولم يخلف إلا ابنة أخ له فقضى النبي ﷺ بميراثه لابنة أخيه.
(٤) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي مرفوعاً وقال: حديث حسن.
(٥) نقل عن الشافعي في الجديد أنه قال بتوريثهم إذا لم ينظم بيت المال (العذب الفائض ٢/ ١٨).

وحجتهم في ذلك:

أولاً: إن القرآن والسنة الصحيحة لم يجعلا لهم نصيباً من المواريث، وقد قال رسول الله ﷺ: **«إنّ الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»**[1] فدل على أن من لم يعطه الله شيئاً من الميراث في القرآن أو على لسان رسوله فلا حق له، ولو كان لذوي الأرحام حق في التركة لبينه الله ورسوله، ولا سبيل إلى إعطائهم من الميراث عن طريق القياس لأن المقادير الشرعية لا تثبت بالقياس.

ثانياً: قد ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه سئل عن ميراث العمة والخالة فقال: لا شيء لهما[2].

مذهب ابن حزم:

ولابن حزم رأي تفرد به ويكاد يكون وسطاً بين الرأيين، وهو أن ذوي الأرحام لا يرثون، غير أنهم إن كانوا فقراء أُعطوا من التركة على قدر فقرهم، ثم يرد الباقي إلى مصالح المسلمين[3].

المفتى به عند الشافعية والمالكية:

وقد أفتى فقهاء الشافعية المتأخرون منذ القرن الرابع الهجري بتوريث ذوي الأرحام لعدم انتظام بيت المال بحيث لم يعد يأخذ المستحقون فيه نصيبهم منه وتصرف أموالهم في غير مصارفها[4].

وبمثل ذلك أفتى فقهاء المالكية المتأخرون وحكى بعضهم اتفاق شيوخ المذهب على ذلك بعد المائتين من الهجرة[5].

وبذلك يكون المفتى به الآن في المذاهب الأربعة توريث ذوي الأرحام، وبذلك أخذ القانون، فنصت المادة ٢٨٩ على توريثهم إذا لم يكن للميت وارث من ذوي الفروض ولا من العصبات، ثم عرفتهم بأنهم الأقارب من غير أصحاب الفروض أو العصبات النسبية.

---

(١) رواه الترمذي وغيره.

(٢) رواه أبو داود في المراسيل.

(٣) المحلى: ٩/٣١٢.

(٤) نهاية المحتاج: ٦/١٠ وقد ذكر فيه أن القول بتوريثهم هو رأي كثير من محققي الشافعية والأصحاب المتقدمين كابن سراقة وصاحب الحاوي والقاضي حسين والمتولي وآخرين.

(٥) الحطاب على خليل: ٤١٤.

ب ـ تصنيفهم ودرجاتهم

للفقهاء طرق متعددة في تصنيفهم، فمنهم من جعلهم أربعة أصناف، ومنهم من جعلهم سبعة كما فعل السرخسي في المبسوط، ومنهم من جعلهم عشرة، ومنهم من جعلهم أحد عشر[1]، ومنهم من أوصلهم إلى ثمانية وعشرين، وهو خلاف في الضبط والتصنيف، وفي الإجمال والتفصيل، أما المقصود فلا خلاف فيه.

وقد اختار القانون طريقة حسنة لتصنيفهم فنص في المادة ٢٩٠ على أنهم أربعة أصناف، مقدم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي:

الصنف الأول

من كان من فروع الميت الذين يدلون إليه بواسطة الأنثى، وهم أولاد البنت وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، كبنت البنت، وبنت ابن البنت، وابن بنت الابن، وبنت بنت الابن، وهكذا نزولاً.

الصنف الثاني

من كان من أصول الميت سواء كانوا رجالاً توسطت بينهم وبين الميت أنثى ـ وهم الأجداد الرحميون ـ أو نساء توسط بينهم وبين الميت جد رحمي ـ وهن الجدات غير الثابتات، وذلك كأبي أم الميت، أو أم أبي أم الميت، أو أم أم أبي أم الميت، وهكذا علوّاً.

الصنف الثالث

من كان من فروع أبوي الميت ـ وهم الإخوة والأخوات ـ وهؤلاء يكونون:

أ ـ أولاد الأخوات مطلقاً، سواء كن شقيقات، أو لأب أو لأم، كابن الأخت

(١) انظر: العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٦.

وبنت الأخت وابن بنت الأخت وبنت ابن الأخت، وهكذا نزولاً.

ب ـ أولاد الإخوة لأم، كابن الأخ لأم، وبنت الأخ لأم، وبنت ابن الأخ لأم، وابن بنت الأخ لأم، وهكذا نزولاً.

جـ ـ بنات الإخوة الأشقاء، أو لأب، كبنت الأخ الشقيق، وبنت الأخ لأب، وابن بنت الأخ الشقيق أو لأب، وهكذا نزولاً.

أما الأولاد الذكور للإخوة الأشقاء أو لأب فهم عصبة كما تقدم.

الصنف الرابع

وهو من كان من فروع أحد أجداد الميت أو جداته ممن ليسوا أصحاب فروض ولا عصبة، كالأعمام لأم، والعمات لأب وأم، أو لأب، أو لأم، والأخوال والخالات مطلقاً، أي سواء كانوا لأب وأم، أو لأب، أو لأم، وفروع هؤلاء جميعاً.

وهذا الصنف (الرابع) ينقسم إلى مراتب، وكل مرتبة تنقسم إلى طبقات:

فالمرتبة الأولى: هي فروع الجد الأول للميت، أو الجدة الأولى للميت، أي أولادهما وأولاد أولادهما ومن يتفرع منهما، كعمة الميت، وعمه لأمه، وخاله وخالته، وأولادهم مهما نزلوا.

فعمة الميت وعمه لأمه وخاله وخالته يعتبرون **الطبقة الأولى** من هذه المرتبة.

وأولادهم المباشرون يعتبرون **الطبقة الثانية** من هذه المرتبة، كابن عم الميت لأمه، وابن عمته، وابن خاله، وابن خالته[1] مطلقاً.

وأولاد أولادهم هم **الطبقة الثالثة** من هذه المرتبة، كابن أو بنت ابن عم الميت لأمه، وابن أو بنت ابن عمته مطلقاً، وابن أو بنت ابن خاله، وابن أو بنت ابن خالته مطلقاً، وهكذا نزولاً. بحيث تعتبر كل درجة نازلة من فروع هذه المرتبة طبقة.

والمرتبة الثانية: هي فروع الجد الثاني للميت، وفروع الجدة الثانية له، كعمة أبيه، وعم أبيه لأمه، وخال أبيه، وأولادهم مهما نزلوا.

فعمة أبي الميت، وعم أبيه لأمه، وخال أبيه، وخالة أبيه، يعتبرون **الطبقة الأولى** من هذه المرتبة.

---

(١) ليس القصد من الأمثلة هنا وفي كل ما يأتي هو الحصر، بل التمثيل، فليتنبه إلى ذلك.

وأولادهم المباشرون، يعتبرون **الطبقة الثانية** من هذه المرتبة، كابن أو بنت عم أبي الميت لأمه، وابن أو بنت عمة أبي الميت مطلقاً، وابن أو بنت خال أبي الميت مطلقاً، وابن أو بنت خالة أبي الميت مطلقاً.

وأولاد أولادهم يعتبرون **الطبقة الثالثة** من هذه المرتبة، كابن أو بنت ابن عم أبي الميت. وابن أو بنت ابن عمة أبي الميت مطلقاً، وابن أو بنت ابن خال أبي الميت. وابن أو بنت ابن خالة أبي الميت مطلقاً[1]

وهكذا نزولاً بحيث تعتبر كل درجة نازلة من فروع هذه المرتبة طبقة.

والمرتبة الثالثة: هي فروع الجد الثالث للميت، وفروع الجدة الثالثة، كعمة أب أب الميت، وعم أب أب الميت لأمه، وخال أب أب الميت، وخالة أب أب الميت مطلقاً، وهكذا.

ثم إن عمة أب أب الميت، وعم أب أب الميت لأمه، وخال أب أب الميت إلخ.. يعتبرون **الطبقة الأولى** من هذه المرتبة.

وأولاد هؤلاء المباشرون يعتبرون **الطبقة الثانية** من هذه المرتبة.

وأولاد أولادهم، يعتبرون **الطبقة الثالثة** من هذه المرتبة.

وهكذا نزولاً بحيث تعتبر كل درجة نازلة من فروع هذه المرتبة طبقة.

ثم يمكننا أن نستمر في تقسيم هذا الصنف الرابع إلى مراتب صعوداً إلى ما لا نهاية، وطبقات نزولاً إلى ما لا نهاية، ولكن الواقع في الحياة لا يتجاوز بالنسبة إلى كل إنسان هذه المراتب الثلاث، ولا تتجاوز كل مرتبة من هذه المراتب ثلاث طبقات.

ومن هذا الترتيب نرى أن الصنف الرابع من ذوي الأرحام مقسم إلى ثلاث مراتب واقعياً:

١ ـ مرتبة فروع جد أو جدة الميت.

٢ ـ مرتبة فروع جد أو جدة أبي الميت أو أمه.

---

(١) ليس القصد من الأمثلة هنا وفي كل ما يأتي هو الحصر، بل التمثيل، فليتنبه إلى ذلك.

٣ ـ مرتبة فروع جد أو جدة جد الميت أو جدته.

وكل مرتبة تنقسم إلى ثلاث طبقات واقعياً:

١ ـ الطبقة الأولى وهم الفروع المباشرون.

٢ ـ الطبقة الثانية وهم فروع الفروع المباشرين.

٣ ـ الطبقة الثالثة وهم فروع فروع الفروع المباشرين.

وقد اختار القانون هذه الطريقة المتقنة لجميع فئات الصنف الثالث وترتيبهم، وهي طريقة مبتكرة تغني عن حفظ جميع فئات هذا الصنف كما يذكرها الفقهاء.

ولبيان زيادة الإيضاح نذكر طريقة القانون المصري في بيان الصنف الرابع من ذوي الأرحام، فقد ذكرت المادة ٣١ منه من أن الصنف الرابع يشمل ست طوائف يقدم بعضها على بعض في الترتيب الآتي:

الأولى: أعمام الميت لأم ـ أما أعمامه لأبيه أو لأبيه وأمه فهم عصبات وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما.

الثانية: أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام الميت لأبوين، أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا.

الثالثة: أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما، وأعمام أم الميت وعماتها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما.

الرابعة: أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام أبي الميت أو لأب، وبنات أبنائه، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا.

الخامسة: أعمام أب أب الميت لأم، وأعمام أب أم الميت، وعماتهما، وأخوالهما، وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما.

السادسة: أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين، أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا، وهكذا.

طريقة القانون:

هذا وقد صنف قانوننا في المادة ٢٩٠ بفقرتيها، ذوي الأرحام كما ذكرنا

سابقاً، فنص في الفقرة الأولى من المادة المذكورة على تصنيفهم أربعة أصناف: من كان من فروع الميت، ومن كان من أصوله، ومن كان من فروع أبويه، ومن كان من فروع أحد أجداده أو جداته مهما علوا.

ونص في الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أن الصنف الرابع يقسم إلى مراتب صعوداً، وتقسم كل مرتبة إلى طبقات نزولاً، ثم شرح ذلك كما يلي:

أ ـ المرتبة من هذا الصنف الرابع هي فروع كل جد مهما نزلوا.

فالمرتبة الأولى فروع أجداد الميت الأدنين (أبي أبيه، وأبي أمه، وأم أبيه، وأم أمه).

والمرتبة الثانية فروع أجداد أبويه.

والمرتبة الثالثة فروع أجداد جديه.

ب ـ الطبقة هي كل درجة من فروع المرتبة الواحدة.

فالأعمام لأم، والعمات، والأخوال، والخالات، هم الطبقة الأولى من المرتبة الأولى.

وأولاد هؤلاء، وبنات الأعمام لأبوين، أو لأب، هم الطبقة الثانية منها، وهكذا.

ملاحظة:

ويلاحظ على صيغة القانون أن قوله: المرتبة من هذا الصنف الرابع هي فروع كل جد مهما نزلوا، ينبغي أن تحذف منه عبارة «مهما نزلوا» لأن القانون مشى على اعتبار تقسيم فروع الجد صعوداً إلى «مراتب» وتقسيم فروع كل مرتبة نزولاً إلى «طبقات» والشرح التالي في القانون لتلك الفقرة يوضح هذا الاصطلاح القانوني، لذلك كان الأولى حذف «مهما نزلوا» منعاً للبس، وتمشياً مع الاصطلاح المذكور.

ج ـ طريقة توريثهم

هناك ثلاثة آراء اجتهادية في طريقة توريث ذوي الأرحام:

أ ـ طريقة أهل الرحم:

وهؤلاء يقولون بالتسوية بين ذوي الأرحام في اقتسام التركة، لا فرق بين قريبهم وبين بعيدهم، أي بين من كان من الصنف الأول أو من كان من الصنف الرابع، لأنهم يستحقون الإرث بوصف الرحمية، والجميع في هذا الوصف سواء، فمن مات عن بنت بنت، وابن بنت ابن عمة، كانت التركة بينهما نصفين، وإن كانت بنت البنت أقرب إلى الميت من ابن بنت ابن العمة.

وهذه الطريقة مهجورة عند الفقهاء، لبعدها عن المعقول، ومخالفتها لروح التشريع في المواريث مطلقاً، ولم يقل بهذا الرأي إلا اثنان هما: حسن بن ميسر، ونوح بن ذراح[١]...

ب ـ طريقة أهل التنزيل:

وهؤلاء يقولون بوجوب النظر إلى من أدلى به ذوو الأرحام إلى الميت ممن كانوا أصحاب فروض أو عصبات، فنفرز لهم نصيبهم من التركة كما لو كانوا هم الورثة الأحياء، ثم نعطي نصيب كل واحد منهم إلى فروعه من ذوي الأرحام للذكر مثل حظ الأنثيين، فيجعل ولد البنت كالبنت، وولد الأخ كالأخ، وولد العم كالعم، فمن مات عن بنت بنت، وبنت أخ، وبنت عم، يفرض كأن الميت مات عن بنت وأخ وعم، والمال في هذه الحالة يكون بين البنت والأخ فحسب، أما العم فلا شيء له مع وجود الأخ كما تقدم، وبذلك تعطى بنت البنت نصيب أمها وهو النصف بالفرضية، وتعطى بنت الأخ نصيب أبيها وهو النصف بالتعصيب، ولا شيء لبنت العم لأن أباها لا يرث كما قدمنا.

(١) المبسوط للسرخسي: ٣/ ٤.

واستثنوا من هذه القاعدة الأخوال والخالات فإنهم ينزلون منزلة الأم، وكذلك الأعمام لأم والعمات فإنهم ينزلون منزلة الأب، فمن مات عن خالة وعمة كان للخالة الثلث، وللأب الباقي وهو الثلثان، فيعطى نصيب الأم للخالة، ونصيب الأب للعمة.

والقائلون بالتنزيل هم الحنابلة ومتأخرو الشافعية والمالكية بعد أن أفتوا بتوريث ذوي الأرحام، وقد سبقهم إلى اختيار هذه الطريقة بعض فقهاء التابعين، منهم علقمة والشعبي.

غير أن الحنابلة يسوون بين ذوي الأرحام ذكوراً وإناثاً، فيعطون نصيب المدلى به من صاحب الفرض أو العصبة إلى ورثته من ذوي الأرحام ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء.

واتفق الفريقان على أن ذوي الأرحام من أولاد الإخوة والأخوات لأم، يقتسمون المال على السواء، لأن النص القرآني جاء بقسمة الثلث بين الإخوة والأخوات لأم على السواء كما ذكرنا في بحث توريث الإخوة والأخوات لأم، فيعطى أولادهم من ذوي الأرحام كذلك بهذه النسبة.

فمن مات عن بنت عم شقيق وبنت ابن أخ لأم، يفرض كأن الميت مات عن أخ لأم وعم، فيكون للأخ السدس فرضاً، وللعم الباقي وهو $\frac{٥}{٦}$ تعصيباً ثم يُعطى نصيب العم لبنته وهو $\frac{٥}{٦}$ ونصيب ابن الأخ وهو $\frac{١}{٦}$ لابنه وبنته على السواء، الذكر كالأنثى تماماً، باتفاق جميع القائلين بطريقة أهل التنزيل.

وحجة أهل التنزيل في اختيار طريقتهم تلك، هي أن نسبة الاستحقاق في الإرث لا يمكن إثباتها بالرأي، وليس عندنا نص من كتاب أو سنة أو إجماع في بيان نسبة ذوي الأرحام من مال التركة إذا آلت إليهم، فلا سبيل لنا إلا إقامة المدلي ـ وهو أول صاحب فرض أو عصبة من ورثة الميت ـ مقام المدلى به، وهم الورثة الحاليون من ذوي الأرحام، فيعطون نصيبه.

ويؤيدون رأيهم بما روي عن ابن مسعود فيمن مات عن بنت بنت، وبنت أخت، أن المال بينهما نصفان، وما ذلك إلا لأن البنت والأخت لو كانتا على قيد الحياة تقاسمتا المال كذلك، فأعطيت بنت كل منهما نصيب أمهما.

ج ـ طريقة أهل القرابة:

وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وأكثر أصحابهم، وهؤلاء يرون أن

درجات ذوي الأرحام كدرجة العصبات، يقدم منهم فروع الميت على أصوله، وأصوله على فروع أبويه، وهؤلاء على فروع جديه، كما ذكرنا آنفاً في تصنيف ذوي الأرحام، وهم الأصناف الأربعة السابقة وفروعهم.

وحجتهم في ذلك أن ذوي الأرحام عصبات بالنسبة إلى الميت، غير أن العصبات الحقيقيين هم الذكور الذين لا يدخل في نسبتهم إلى الميت أنثى، وما بقي من الأقرباء من الإناث من غير أصحاب الفروض أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى، يكونون عصبات حكماً، وكما اعتبرنا في ترتيب العصبات حقيقة قوة القرابة، فقدمنا البنوة على الأبوة، ثم هي على الإخوة إلخ. فكذلك ينبغي ترتيب العصبات حكماً.

والحاصل أنهم قاسوا ذوي الأرحام على العصبات من حيث قوة القرابة والترتيب بينها كما سبق.

ويؤيدون رأيهم بأن عليّاً رضي الله عنه قضى فيمن ترك بنت بنت، وبنت أخت، بأن المال كله لبنت البنت، فدل ذلك على أنه يرى الترجيح بين ذوي الأرحام بقوة القرابة، ولو كان يرى رأي أهل التنزيل لقضى بأن المال يقسم بينهما نصفين كما أثر ذلك عن ابن مسعود، وقد تقدم.

هذا وقد اختار قانوننا رأي أهل القرابة ـ ومن قبله ذهب إلى ذلك قانون المواريث المصري ـ فصنف ذوي الأرحام كما سبق، وجعل الإرث بينهم على ذلك التفصيل السابق، وإليك تفصيل القول في توريث ذوي الأرحام كما اختاره القانون.

د ـ قواعد توريثهم
على طريقة أهل القرابة

١ ـ لا خلاف بين الفقهاء ممن يقولون بتوريث ذوي الأرحام في أن الميت إذا ترك واحداً فحسب من ذوي الأرحام، حاز المال كله من أي صنف كان، رجلاً كان أو امرأة. فمن ماتت عن: زوج، وبنت عم. كان للزوج النصف ـ ولا يرد عليه مع وجود أحد من ذوي الأرحام ـ ولبنت العم الباقي وهو النصف.

ومن مات: عن زوجة، وبنت أخ. كان للزوجة الربع ـ ولا يرد عليها مع وجود أحد من ذوي الأرحام ـ ولبنت الأخ الباقي وهو $\frac{٣}{٤}$.

ومن مات عن: أب، أم أب. كان المال كله له، لأنه لا منافس له في استحقاق المال.

ومن مات: عن بنت ابن عمة فحسب. كان المال كله لها، لما ذكرناه في المسألة السابقة. وهكذا في جميع الحالات التي لا يوجد للميت وارث إلا واحد فقط من ذوي الأرحام.

وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٢٩٧) من القانون.

٢ ـ في ميراث ذوي الأرحام وفق الأحكام التالية للأصناف الأربعة، يكون للذكر مثل حظ الأنثيين، في كل الحالات ولو كانوا أولاد أخ لأم.

وهذا ما دلت عليه الفقرة (١) من المادة المذكورة.

٣ ـ إذا كان ذوو الأرحام من أصناف متعددة، قدم الصنف الأول على الثاني، والثاني على الثالث، والثالث على الرابع، كترتيب العصبات تماماً.

وهذا ما دل عليه القانون حين ذكر في المادة (٢٩٠) أصناف ذوي الأرحام (مقدم بعضها على بعض) في الإرث وفق الترتيب الذي ذكرناه سابقاً.

وهذا هو المفتى به في مذهب الحنفية، وهنالك رواية شاذة عن أبي حنيفة في تقديم الأصول على الفروع من ذوي الأرحام، ولكن فقهاء الحنفية لم يعتمدوها بل اعتمدوا الرواية المشهورة عنه، وهي ترتيبهم وفق العصبات.

وإليك بعض الأمثلة على هذا:

١ ـ من مات عن: بنت بنت، وجد رحمي (أب أم). كان المال كله لبنت البنت، لأنها من الصنف الأول ـ أي فروع الميت ـ فتقدم على أصوله.

٢ ـ ومن مات عن: جد رحمي، وبنت أخ شقيق. كان المال كله للجد، لأنه من الصنف الثاني ـ أصول الميت ـ فيقدم على فروع أبويه.

٣ ـ ومن مات عن: بنت أخت، وعم لأم، وعمة شقيقة. كان المال كله لبنت الأخت، لأنها من الصنف الثالث ـ فروع أبوي الميت ـ فتقدم على الصنف الرابع بمختلف مراتبه وطبقاته.

٤ ـ ومن مات عن: ابن بنت ابن، وجد هو أبو أب أم. فالمال كله للأول، لأنه من الصنف الأول.

٥ ـ وإن كان الوارثون من ذوي الرحم كلهم من صنف واحد، كان توريثهم وفق القواعد التالية:

قواعد توريث الصنف الأول

١ ـ أولاهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت.

فمن مات عن: ابن بنت، وابن بنت ابن، كان المال كله للأول، لأنه أقرب درجة إلى الميت من الثاني.

٢ ـ إن استووا في الدرجة، فولد صاحب الفرض، أولى من ولد ذي الرحم.

فمن مات عن: بنت بنت ابن، وابن بنت بنت، كان المال كله للأولى، لأنها وإن استوت مع ابن بنت البنت في الدرجة، إلا أنها بنت صاحبة فرض بالسدس وهي بنت الابن مع البنت كما تقدم، فتكون أولى من ابن بنت البنت لأنه ولد ذي رحم وهي بنت البنت.

٣ ـ إذا كانوا كلهم متساوين في الدرجة، ويدلون بصاحب فرض، أو كلهم يدلون بذي رحم، كان المال بينهم جميعاً للذكر مثل حظ الأنثيين.

وهذ قول أبي يوسف أخيراً، وهو المفتى به عند فريق من فقهاء الحنفية، وقد أخذ به القانون أيضاً، لأنه أيسر وأسهل على القاضي والمفتي. وفيه خلاف لمحمد[1].

فمن مات عن: ابن بنت، وبنت، كان المال بينهما أثلاثاً، لابن البنت الثلثان، ولبنت البنت الثلث، لأنهما استويا في الصنف وقرب الدرجة والإدلاء بذي فرض.

ومن مات عن: بنت ابن بنت، وبنت بنت بنت، كان المال بينهما نصفين، لأنهما استوتا في الصنف وقرب الدرجة والإدلاء بذي رحم.

تلك هي قواعد توريث الصنف الأول إذا كانوا جميعاً من هذا الصنف.

وإليكم مزيداً من الأمثلة على هذا الصنف:

١ ـ مات عن: بنت بنت، وابن بنت ابن، كان المال كله لبنت البنت، لأنها أقرب درجة إلى الميت.

٢ ـ مات عن: ابن بنت، وابن بنت بنت، كان المال كله للأول، لما ذكرناه في المسألة السابقة.

٣ ـ مات عن: ابن بنت ابن، وابن ابن بنت، كان المال كله للأول، لأنه يدلي إلى الميت بصاحبة فرض وهي بنت الابن، فيقدم على الثاني لأنه يدلي إلى الميت بذي رحم وهو ابن البنت، هذا مع استوائهما في قرب الدرجة وكونهما من صنف واحد وهو الصنف الأول.

٤ ـ مات عن: ابن بنت ابن بنت، وابن بنت بنت بنت، كان المال بينهما مناصفة، لأنهما استويا في الصنف وقرب الدرجة والإدلاء بذي رحم.

٥ ـ مات عن: ثلاث بنات ابن بنت، وابن بنت بنت، كان المال بين البنات الثلاث، وبين ابن بنت البنت أخماساً، لكل بنت منهن خمس، ولابن بنت البنت خمسان، لاستوائهم في قرب الدرجة والإدلاء بذي رحم، فيقتسمون المال بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين.

---

(١) انظر شرح رأي محمد وتطبيقاته في المبسوط: ٣٠/١٣، وشرح السراجية: ٢٧٥/٢٧٦.

قواعد توريث الصنف الثاني

١ ـ إذا تعدد أصحاب هذا الصنف، قدم أقربهم إلى الميت درجة:

فمن مات عن: أب أم، وأب أم أب، كان المال كله للأول لأنه أقرب إلى الميت بدرجة.

٢ ـ إذا استووا في الدرجة، قدم من يدلي إلى الميت بصاحب فرض على من يدلي إليه بذي رحم.

فمن مات عن: أب أم أم أم، وأب أم أب أم. كان المال كله للأول، لأنه يدلي بصاحبة فرض، وهي الجدة أم أم الأم، أما الثاني فيدلي إلى الميت بذات رحم، وهي أم أب الأم.

٣ ـ إذا استووا في الدرجة والإدلاء بصاحب فرض، أو بالإدلاء بذي رحم ينظر:

أ ـ فإن كانوا جميعاً من جانب الأب، أو من جانب الأم، اشتركوا في الميراث، للذكر مثل حظ الأنثيين.

فمن مات عن: أب أم أب أب، وأب أم أم أب، كان المال بينهما نصفين، لاستوائهما في درجة القرب وفي الإدلاء بصاحبة فرض وهي الجدة الثابتة (أم أب الأب) في الأول، و(أم أم الأب) في الثاني، وهما من حيز واحد وهو جانب الأب.

ب ـ وإن كانوا ـ مع استوائهم في الدرجة والإدلاء ـ مختلفين في الحيز، فبعضهم من جهة الأب، وبعضهم من جهة الأم، كان لقرابة الأب الثلثان، ولقرابة الأم الثلث.

فمن مات عن: جدة هي أم أب أم أب، وجدة أخرى هي أم أب أب أم، كان المال بين الجدتين أثلاثاً، الثلثان للأولى لأنها جدة الميت من جهة أبيه، والثلث للثانية لأنها جدته من جهة أمه، وكلتاهما جدة غير ثابتة، وقد استوتا في الدرجة والإدلاء بذي رحم.

هذه هي قواعد توريث الصنف الثاني، وإليك مزيداً من الأمثلة:

١ ـ مات عن: أب أم، وأب أم أم، كان المال للأول، لأنه أقرب إلى الميت بدرجة.

٢ ـ مات عن: أب أم أم، وأب أب أم، كان المال للأول، لأنه أدلى إلى الميت بصاحبة فرض، وهي الجدة أم الأم، ولا شيء للثاني، لأنه أدلى إلى الميت بذي رحم وهو الجد أب الأم.

٣ ـ مات عن: جد هو أب أم أم، وجد آخر هو أب أم أب، المال بينهما أثلاثاً، للأول الثلث، وللثاني الثلثان، لأنهما استويا في قرب الدرجة، والإدلاء بصاحبة فرض وهي أم الأم وأم الأب، ولكن الأول من قرابة الأم فله الثلث، والثاني من قرابة الأب فله الثلثان.

٤ ـ مات عن: أب أب أم أب، وأم أب أم أب، كان الميراث بينهما أثلاثاً، للجد الثلثان، وللجدة الثلث، لاستوائهما في قرب الدرجة والإدلاء بذي رحم، وفي الجانب، إذ كلاهما من جانب الأب، فيقتسمان المال للذكر مثل حظ الأنثيين.

٥ ـ مات عن: أم أم أب أم، وأم أب أب أم، المال بين الجدتين مناصفة، لاستوائهما في قرب الدرجة، وفي الإدلاء بذي رحم وهو أب الأم، وفي كونهما من جانب واحد وهو قرابة الأم.

٦ ـ مات عن: جدة هي أم أب أم، وجد هو أب أب أم، المال بين الجدة والجد يقسم أثلاثاً، للجدة الثلث، وللجد الثلثان، لأنهما استويا في الصنف وقرب الدرجة والإدلاء بذي رحم، فيقتسمان المال للذكر مثل حظ الأنثيين.

قواعد توريث الصنف الثالث

١ ـ إذا تعدد ذوو الأرحام من هذا الصنف كان أولاهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت. فمن مات عن: بنت أخت، بنت ابن أخ، كان المال كله للأولى، لأنها أقرب إلى الميت.

٢ ـ وإن تساووا في الدرجة قدم ولد العصبة على ولد ذي الرحم. فمن مات عن: بنت ابن أخ، وابن بنت أخت، كان الميراث للأولى، لأنها ولد عصبة وهو ابن الأخ، فتقدم على الثاني وهو ابن بنت الأخت، لأنه ولد ذي رحم.

٣ ـ وإن كانوا متساوين في الدرجة وكانوا جميعاً أولاد عصبة، أو كانوا جميعاً أولاد ذي رحم، قدم الأقوى قرابة، فمن كان أصله لأبوين حجب من كان أصله لأحدهما فقط (لأب فقط، أو لأم فقط) ومن كان أصله لأب حجب من كان أصله لأم.

فمن مات عن: بنت ابن أخ شقيق، وبنت ابن أخ لأب، كان المال كله للأولى، لأنها أقوى قرابة مع استوائهما في الدرجة والقرب والإدلاء بعاصب.

ومن مات عن: بنت أخ لأب، وبنت أخ لأم، كان المال كله للأولى، لأنها أقوى قرابة.

٤ ـ وإن كانوا متساوين في الدرجة، وكان منهم ولد ذي فرض، ومنهم ولد ذي تعصيب، كان الحكم كالمسألة السابقة، يقدم الأقوى قرابة.

فمن مات عن: بنت أخت شقيقة، وبنت أخ لأب، كان المال كله للأولى، لأنها أقوى قرابة، ويلاحظ أن الأولى بنت صاحبة فرض وهي الأخت الشقيقة، والثانية بنت عصبة وهو الأخ لأب.

٥ ـ وإن كانوا متساوين في الدرجة وقوة القرابة، اشتركوا جميعاً في الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين.

فمن مات عن: بنتين لأخ لأم، وابن أخ لأم، كان المال مشتركاً بينهم مناصفة، تأخذ البنتان النصف، ويأخذ الابن النصف، لاستوائهم في الصنف والدرجة وقوة القرابة.

ويلاحظ أننا في هذه المسألة قد جرينا على القاعدة العامة في توريث ذوي الأرحام من جعل نصيب الذكر مثل نصيب الأنثيين، مع أن الإخوة لأم وهم أصحاب فرائض يتساوون فتأخذ الأنثى مثل نصيب الذكر كما تقدم.

وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف خلافاً لمحمد، وحجته أن الأصل في المواريث جعل نصيب الذكر مثل حظ الأنثيين، ولكن هذا الأصل قد ترك في توريث الإخوة لأم بنص القرآن، فجعلوا متساوين في القسمة، ذكورهم وإناثهم سواء، أما في أولاد الإخوة لأم فلا نص في التسوية بينهم فتجري عليهم القاعدة العامة من جعل نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى.

وقال محمد: بل نطبق على أولاد الإخوة لأم نفس المبدأ الذي يطبق على آبائهم، وهو التسوية بين ذكورهم وإناثهم، ففي المسألة السابقة يقسم المال عند محمد أثلاثاً، تأخذ كل بنت ثلثاً، كما يأخ الابن الثلث.

وقد أخذ القانون برأي أبي يوسف، حيث قال في الفقرة الأولى من المادة

(٢٩٧): في ميراث ذوي الأرحام مطلقاً للذكر مثل حظ الأنثيين، فشمل ذلك أولاد الإخوة لأم ـ كما تقدم ـ.

ملاحظة على القانون:

هذا وقد نص القانون على قواعد توريث الصنف الثالث في المادة ٢٩٣ بمثل ما ذكرناه في القاعدة الأولى والثانية والثالثة والخامسة من قواعد توريث هذا الصنف، وأهمل القاعدة الرابعة، وهي ما إذا كانوا متساوين في الدرجة، ولكن منهم من كان ولد ذوي فروض، ومنهم من كان ولد ذوي عصبات.

وقد ذكرنا الحكم في ذلك هو منصوص عليه في كتب المواريث[١]، وبذلك تعلم ما في عبارة القانون من قصور.

أمثلة على هذا الصنف:

١ ـ مات عن: بنت أخت، وابن بنت أخ، فالمال للأولى لأنها أقرب درجة.

٢ ـ مات عن: ابن بنت بنت أخت، وبنت ابن ابن أخ، كان المال للبنت، لأنها تدلي بعاصب وهو ابن ابن الأخ، بينما الابن يدلي بذي رحم وهي بنت بنت الأخت.

٣ ـ مات عن: بنت ابن الأخ لأب، وبنت ابن أخ لأم، كان المال للأولى، لأنها أقوى قرابة من الثانية، وهذا مما ينطبق على القاعدة الرابعة: وهي ما إذا كانوا متساوين في الدرجة، ولكن بعضهم يدلي بذي فرض، وبعضهم يدلي بعاصب، فالأقوى قرابة هو المقدم في الميراث.

٤ ـ مات عن: ابن بنت أخ شقيق، وابن بنت أخ لأم، كان المال للأول، لأنه أقوى من الثاني قرابة.

٥ ـ مات عن: ابن بنت أخت شقيقة، وبنت بنت أخت شقيقة، كان المال بينهما أثلاثاً، للابن الثلثان، وللبنت الثلث، لأنهما استويا في الصنف والدرجة وقوة القرابة، فيشتركان في الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين.

٦ ـ مات عن: ثلاث بنات أخت لأم. وابن أخت لأم، كان المال بينهما أسباعاً، لكل بنت $\frac{١}{٧}$، ولابن الأخت $\frac{٢}{٧}$.

---

(١) انظر السراجية وشرحها للسيد الشريف: ٢٨٧.

وهذا على رأي أبي يوسف وهو الذي مشى عليه القانون.

أما على رأي محمد، فالمال يقسم بينهم أخماساً، لكل بنت $\frac{١}{٥}$، ولابن الأخت $\frac{١}{٥}$ أيضاً.

٧ ـ مات عن: بنت أخت شقيقة، وبنت أخ شقيق، وابن بنت أخ لأم، وبنت ابن أخ لأب، كان المال لبنت الأخت الشقيقة وبنت الأخ الشقيق مناصفة ولا شيء لمن عداهما.

قواعد توريث الصنف الرابع

١ ـ كل مرتبة من مراتب هذا الصنف بجميع طبقاتها تحجب ما فوقها من المراتب بجميع طبقاتها، وبتعبير آخر، أعمام الميت لأم وعماته، وأخواله وخالاته يحجبون أعمام أب الميت لأم، وعمات أبيه، وأخوال أبيه، وخالات أبيه، وهكذا علوّاً.

وأولاد عم الميت لأم، وأولاد عمته، وأولاد خاله، وأولاد خالته، يحجبون أولاد عم أبيه لأمه، وأولاد عمة أبيه، وأولاد خال أبيه، وأولاد خالة أبيه، وهكذا..

فمن مات عن: عمة، وعمة أب، كان المال كله للأولى، لأنها أقرب درجة.

ومن مات عن: بنت عمه، وبنت عم أبيه، كان المال للأولى، لما ذكرناه.

٢ ـ الطبقة الأولى من كل مرتبة من مراتب هذا الصنف، إذا وجد فيها متعددون، وكانوا كلهم من جانب الأب فقط كالعمات، أو من جانب الأم فقط كالخالات، قدم الأقوى قرابة، ذكراً كان أم أنثى.

فمن مات عن: عمة لأبوين، وعمة لأب، كان المال كله للأولى، لأنها أقوى قرابة.

ومن مات عن: عمة لأب، وعمة لأم، كان المال كله للأولى، لأنها أقوى قرابة.

ومن مات عن: عمة لأبوين أو لأب، وعم لأم، كان المال كله للعمة دون العم، لأنها أقوى قرابة.

ومن مات عن: خال لأبوين، وخال لأب، كان المال كله للأول، لأنه أقوى من الثاني قرابة.

ومن مات عن: خالة لأبوين، وخال لأم، كان المال كله للخالة، ولا شيء للخال لأنها أقرب منه قرابة، وهكذا. . .

٣ ـ إن كان المتعددون من طبقة واحدة، متساوين في قوة القرابة، اشتركوا في الإرث، للذكر مثل حظ الأنثيين.

فمن مات عن: خالين لأب وأم، كان المال بينهما نصفين لاستوائهما في الطبقة وقوة القرابة.

ومن مات عن: عمتين لأب وأم، أو عمتين لأب، أو عمتين لأم، كان المال بينهما نصفين، لاستوائهما في الطبقة وقوة القرابة.

ومن مات عن: عم لأم، وعمة لأم، كان المال بينهما أثلاثاً، للعم ثلثان، وللعمة ثلث.

ومن مات عن: خال لأب وأم، وثلاث خالات لأب وأم، كان المال بينهم أخماساً، للخال $\frac{٢}{٥}$، ولكل خالة $\frac{١}{٥}$. وهكذا. . .

٤ ـ وإذا كان أفراد الطبقة الواحدة من أية مرتبة، مختلفين، فبعضهم كان من جهة الأب، وبعضهم كان من جهة الأم، قسم المال بين فئة الأب، فيعطون الثلثان، وبين فئة الأم فيعطون الثلث، ثم يوزع نصيب كل فريق بين أفراده بحسب قوة القرابة، فينفرد بها من بينهم من كان منهم أقوى قرابة، فإن استووا في القرابة قسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإليك الأمثلة:

١ ـ مات عن: عمة لأب وأم، وعمة لأم، وخال لأبوين، وخال لأب.

هنا نرى العمة الأولى والثانية تنتميان إلى الأب فنفرز لهما الثلثين، ونرى الخالين ينتميان إلى الأم فنفرز لهما الثلث.

ثم ننظر إلى العمتين، فنرى أولاهما عمة الميت لأبيه وأمه، وثانيتهما عمته لأمه فقط، فتكون الأولى أقوى قرابة من العمة الثانية فتنفرد الأولى بالثلثين، ولا شيء للثانية.

ثم ننظر إلى الخالين، فنرى أولهما خال الميت لأبويه، وثانيهما خاله لأمه فقط، فينفرد الأول بالثلث، لأنه أقوى قرابة من الثاني.

وبذلك تقسم التركة في هذه المسألة هكذا: العمة لأبوين تأخذ الثلثين، والخال لأبوين يأخذ الثلث.

٢ ـ مات عن: عم لأم، وعمة لأم، وخال لأبوين، وخالة لأبوين.

نجد في هذه المسألة أن العم والعمة في درجة واحدة وحيز واحد وهو جانب الأب، فيأخذان الثلثين، وأن الخال والخالة في درجة واحدة وحيز واحد، وهو جانب الأم، فيأخذان الثلث.

ثم الثلثان نصيب العمومة يقسمان بين العم والعمة أثلاثاً. فللعم ثلثا الثلثين، وللعمة ثلث الثلثين، ثم إن ثلث الخؤولة يقسم بين الخال والخالة أثلاثاً، فثلثاه للخال، وثلثه للخالة.

ثم يجري تصحيح المسألة وفق القواعد السابقة لمعرفة نصيب كل من هؤلاء من غير كسر.

٣ ـ مات عن: عمتين لأب، وعمة لأم، وخالتين لأب وأم، وخالة لأم.

للعمات ثلثا المال، لأنهن من قرابة الأب، وللخالات الثلث الباقي، لأنهن من قرابة الأم، هذا مع استوائهم جميعاً في الصنف وقرب الدرجة، ولكن جانب الفريقين مختلف، فالعمات من قرابة الأب فلهن الثلثان، والخالات من قرابة الأم، فلهن الثلث.

ثم الثلثان المخصصان للعمات، تختص به العمتان لأب، تأخذ كل واحدة منه نصفه أي = $\frac{١}{٣}$ لأنهما أقوى قرابة من العمة لأم فلا شيء لها.

والثلث المخصص للخالات تختص به الخالتان لأب وأم، دون الخالة لأم، فتأخذ كل واحدة منهما نصف الثلث، أي = $\frac{١}{٦}$. وبذلك يكون تقسيم التركة في هذه المسألة كما يلي:

عمة لأب $\frac{٢}{٦}$ + عمة لأب $\frac{٢}{٦}$ + خالة لأب وأم $\frac{١}{٦}$ + خالة لأب وأم $\frac{١}{٦}$ = $\frac{٦}{٦}$.

٤ ـ مات عن: أربع عمات لأم، وعم لأم، وأربع أخوال لأب، وخالة لأب.

للعمات والعم ثلثا المال $\frac{٢}{٣}$ لأنهم من قرابة الأب، وللأخوال والخالة ثلث المال $\frac{١}{٣}$ لأنهم من قرابة الأم.

الثلثان يقسمان أسداساً، لكل عمة $\frac{١}{٦}$ الثلثين، وللعم $\frac{٢}{٦}$ الثلثين.

والثلث يقسم أتساعاً، للخالة $\frac{١}{٩}$ الثلث، ولكل خال $\frac{٢}{٩}$ الثلث.

٥ ـ مات عن: ١ عم لأم، ٢ عمتين لأب وأم، ٢ خالين لأب وأم، ١ خالة لأب وأم، ٢ خالين لأب، ٢ خالين لأم.

لا شيء للعم لأم، لأن العمة لأب وأم أقوى منه قرابة.

ولا شيء للأخوال لأب، ولا للأخوال لأم، لأن الخالين والخالة لأب وأم، أقوى من الأولين قرابة.

فيكون المال بين العمتين لأب وأم، وبين الخالين لأب وأم.

تأخذ العمتان الثلثين، لكل واحدة منهما الثلث، لأنهما من قرابة الأب.

ويأخذ الخالان والخالة لأب وأم الثلث، لأنهم من قرابة الأم.

ثم الثلث الذي خص هؤلاء يقسم بين الخالين والخالة أخماساً، لكل خال $\frac{٢}{٥}$ الثلث، وللخالة $\frac{١}{٥}$ الثلث، وتستطيع تصحيح المسألة وفق القواعد السابقة للتصحيح، أو وفق القواعد الحسابية المشهورة.

نعود إلى بقية قواعد توريث الصنف الرابع:

٥ ـ في الطبقة النازلة من كل مرتبة من مراتب هذا الصنف، أي أولاد العم لأم، وأولاد العمات، وأولاد الأخوال، وأولاد الخالات، ثم أولاد أولادهم نزولاً.

وكذلك، أولاد عم الأب لأم، وأولاد عمات الأب، وأولاد أخوال الأب، وأولاد خالات الأب، ثم أولاد أولادهم نزولاً.

وهكذا في جميع الطبقات لكل مرتبة من تلك المراتب، يكون التوريث بينهم هكذا:

يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد، ولو كان أحدهما من قرابة الأب، والآخر من قرابة الأم، فمن مات عن: بنت عمة، وبنت بنت عمة لأمه، كان المال كله لبنت العمة، لأنها أقرب درجة إلى الميت.

٦ ـ وإذا استووا في الدرجة، وكانوا جميعاً من جانب واحد، أي من قرابة الأب، أو من قرابة الأم، قدم ولد العصبة على ولد ذي الرحم.

فمن مات عن: بنت العم العصبي (لأب وأم، أو لأب)، وابن العم لأم، كان المال كله لبنت العم العصبي، لأنها تدلي بعاصب، ولا شيء لابن العم لأم، لأنه ولد ذي رحم.

٧ ـ إذا كانوا جميعاً مع استوائهم في الدرجة أولاد عصبات، أو أولاد ذي رحم، قدم الأقوى قرابة.

فمن مات عن: بنت عمه لأبوين، وبنت عمه لأب، كان المال كله للأولى، لأنها وإن استوت مع الثانية في الصنف ودرجة القرب والإدلاء بذي رحم، إلا أنها أقوى منها قرابة، فتختص بالمال كله.

ومن مات عن: ابن عمة لأب، وابن عمة لأم، كان المال كله للأول، لما ذكرنا.

٨ ـ إذا كانوا متساوين في الدرجة، ولكنهم كانوا مختلفين في جانب القرابة، فبعضهم من جهة الأب، وبعضهم من جهة الأم، كان ثلثا التركة لفريق الأب، والثلث الباقي لفريق الأم، ثم يوزع نصيب كل فريق بين أفراده، بحيث يقدم ولد ذي العصبة على ولد ذي الرحم، ثم يقدم الأقوى قرابة على الأضعف.

وإليكم الأمثلة:

١ ـ مات عن: ابن عمة، وابن خالة، كان ثلثا المال لابن العمة، لأنه من قرابة الأب، وثلث المال لابن الخالة، لأنه من قرابة الأم.

٢ ـ مات عن: بنت عمة لأبوين، وابني عمة لأب، وبنت خال لأبوين، وابني خال لأب.

يكون لأولاد العمات الثلثان، لأنهن من قرابة الأب، ولأولاد الأخوال الثلث، لأنهم من قرابة الأم.

والثلثان المخصصان لأولاد العمات، من نصيب بنت العمة لأبوين، ولا شيء لابني العمة لأب، لأنهما أضعف منها قرابة.

والثلث المخصص لأولاد الأخوال، هو لبنت الخال لأبوين، ولا شيء لابني الخال لأب، لأنهما أضعف منها قرابة.

فيكون ثلثا التركة في هذه المسألة لبنت العمة لأبوين، وثلثها لبنت الخال لأبوين.

٣ ـ مات عن: بنت عم لأبوين، بنت عمة لأبوين، بنت خال لأب، بنت خال لأم.

يخصص لبنتي العم والعمة الثلثان، لأنهما من قرابة الأب، ولكن بنت العم تنفرد بالثلثين، لأنها ولد عاصب، وتلك ولد ذي رحم.

ويخصص الثلث الباقي لبنتي الخالين، لأنهما من قرابة الأم، ولكن بنت الخال لأب هي التي تختص بهذا الثلث، لأنها أقوى قرابة من بنت الخال لأم.

فيكون ثلثا التركة في هذه المسألة لبنت العم لأبوين، وثلثها لبنت الخال لأب.

٤ ـ مات عن: ٣ بنات عم لأب، ابن عم لأب، ٣ بنات خالة لأب وأم، ابن خال لأب وام، ابني خال لأب.

الثلثان لأولاد العم لأب يقتسمونها أخماساً، لكل واحدة $\frac{١}{٥}$ الثلثين، ولابن العم $\frac{٢}{٥}$ الثلثين.

والثلث لابن الخال لأب وأم، وبنات الخالة لأب وأم، يقسم بينهم أخماساً، لابن الخال لأب وأم $\frac{٢}{٥}$ الثلث، ولكل واحدة من بنات الخالة لأبوين $\frac{١}{٥}$ الثلث، ولا شيء لابن الخال لأب.

٥ ـ مات عن: بنت ابن عم لأبوين، بنت عم لأم، ابن عم لأم، ابن عمة لأب وأم، بنت خالة لأم.

ثلثا التركة لأولاد العم والعمة، وثلثها لبنت الخالة.

أما الثلثان فلا شيء منهما لبنت ابن العم لأبوين، لأنها أبعد درجة، ولا شيء منهما أيضاً لبنت العم لأم، ولا لابن العم لأم، لأنهما أضعف من ابن العمة لأب وأم قرابة.

وبذلك تقسم التركة في هذه المسألة بين ابن العمة لأب وأم فيأخذ الثلثين، وبين بنت الخالة لأم، فتأخذ الثلث.

أحكام القانون:

وبهذه الأحكام كلها التي بيناها للصنف الرابع ومراتبه وطبقاته، نطق القانون في المواد ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦ بجميع فقراتها.

حكم تعدد الجهات في القرابة

تقدم معنا في أول أبحاث المواريث[1]، أن الوارث إذا كانت له جهتا إرث، ورث بكل منهما، كما إذا ماتت عن أم وزوج هو ابن عمها أيضاً، فإن الأم تأخذ الثلث، والزوج يأخذ النصف بالفرضية، ثم يأخذ السدس بالتعصيب لأنه ابن عم (لأب وأم أو لأب).

وقد نص القانون على ذلك في المادة (٢٦٣) ثم نص في هذه المادة على وجوب مراعاة أحكام المادتين (٢٧٢) ـ وجاءت خطأ في نص القانون المطبوع (٢٧١) ـ والمادة (٢٩٧) ـ وجاءت خطأ في النص المطبوع ٢٩٦ ـ.

وأما المادة (٢٧٢) فهي التي تتحدث عن نصيب الجدات الثابتات في السدس مهما تعددن، ولا فرق بين ذات قرابة وبين ذات قرابتين.

وأما المادة (٢٩٧) فهي فيما نحن بصدده، وهو أنه إذا تعددت جهة القرابة في ميراث ذوي الأرحام، لا عبرة لهذا التعدد، بل يرث بجهة واحدة، ما دامت القرابتان من جانب واحد، من الأم، أو من الأب.

أما إذا كان تعدد القرابة ناشئاً من الجانبين[2] معاً، من جانب الأب، ومن جانب الأم، فهنا يرث باعتبار الجانبين.

وإليكم إيضاح هذه المادة بالأمثلة التالية:

١ ـ مات عن: بنتي بنت بنت، وهما أيضاً بنتا ابن بنت، وابن بنت بنت أخرى.

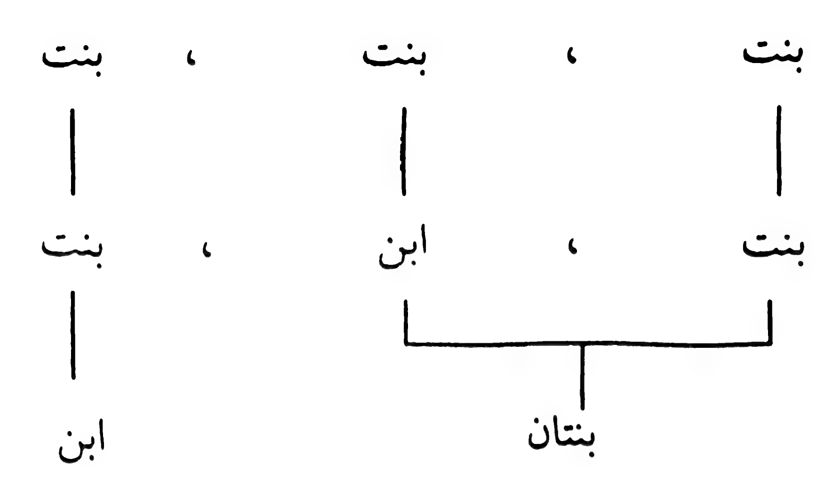
وتصوير المسألة: أن يكون للميت ثلاث بنات. ولدت البنت الأولى بنتاً، وولدت البنت الثانية ابناً، والبنت الثالثة بنتاً، ثم إن ابن البنت الثانية تزوج بنت البنت الأولى (بنت خالته) فولدا بنتين، كما ترى توضيحه في الصورة التالية على أن تقرأ من الأسفل إلى الأعلى:

---

(١) ص ٣٦ من هذا الجزء.

(٢) لا يتصور تعدد جانب القرابة إلا في الأصول والحواشي دون الفروع. والقانون المصري يسمي الجانب: «حيزاً» (بفتح الحاء وكسر الياء المشددة) تبعاً لبعض الفقهاء.





فهاتان البنتان لهما جهتا قرابة، فهما بالنظر إلى أمهما تكونان بنتي بنت بنت الميت، وبالنظر إلى أبيهما تكونان بنتي ابن بنت الميت.

فهل يرثان بجهة واحدة، أم بالجهتين؟

مقتضى القانون أنهما في هذه الحالة، يرثان بجهة واحدة.

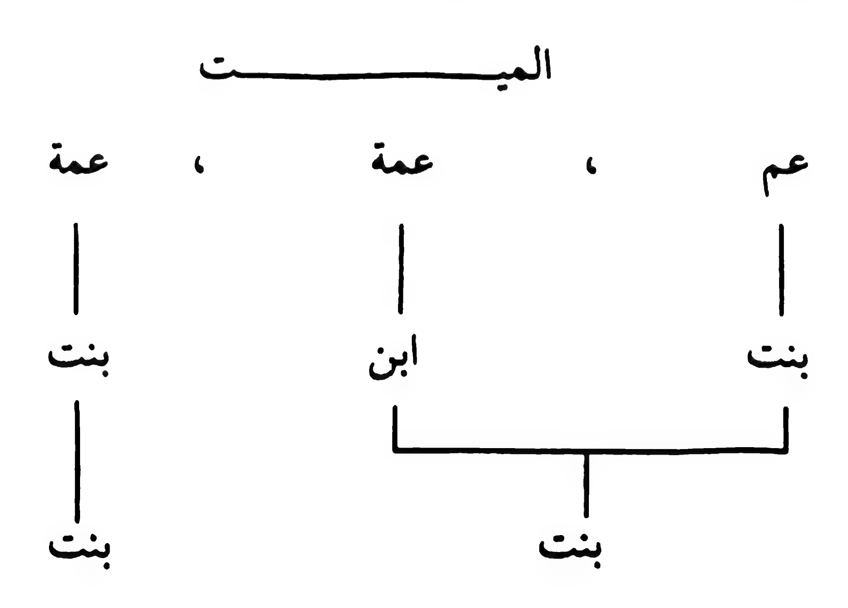
وعلى هذا فيكون لهاتين البنتين في هذه المسألة، النصف، ولابن بنت البنت (الثالثة) النصف الآخر، بناء على القاعدة العامة: للذكر مثل حظ الأنثيين.

فلكل واحدة $\frac{١}{٤}$، ولابن بنت البنت $\frac{٢}{٤}$

ولو أردنا أن نعتبر تعدد جهة القرابة في هذه المسألة، لوجب أن نعتبر البنتين أربع بنات فيكون لهن $\frac{٤}{٦}$، لكل واحدة منهما $\frac{٢}{٦}$، ولابن بنت البنت $\frac{٢}{٦}$

٢ ـ مات عن: بنت ابن عمة وهي بنت بنت عم، ومعها بنت بنت عمة.

إن صورة المسألة هنا كما يلي:



فالبنت الأولى تكون بالنسبة إلى الميت بنت بنت عمه وهي أيضاً بنت ابن عمته، فهل ترث هنا مع بنت بنت العمة الأخرى بجهة واحدة؟ أم بجهتين؟

مقتضى القانون أنها ترث بجهة واحدة فلها نصف التركة، ولبنت العمة الأخرى نصفها الآخر.

نجد في الصورتين السابقتين أن تعدد جهة القرابة لم يكن فيه تعدد الجانب.

عند تعدد جانب القرابة:

أما إذا كان تعدد جهة القرابة ناشئاً من جانب الأب، وجانب الأم، في وقت واحد، فإن ذا الرحم هنا يرث بجهة قرابة الأب، ويرث بجهة قرابة الأم معاً كما في المسألتين التاليتين:

١ ـ مات عن: خال لأب وهو في الوقت نفسه عمه لأم، وعم آخر لأم، وخال آخر لأب.

هنا نجد أن الخال الأول له جهتا قرابة من حيزين مختلفين، فهو قريب للميت من جهة أمه على أنه خال لأب، وقريب له من جهة أبيه باعتباره عمه لأم، فهل نورثه مع العم الآخر، والخال الآخر بجهتين أم بجهة واحدة؟

هنا يقول القانون: إنه يرث بجهتين لاختلاف جانب القرابة، وعلى ذلك فتقسم التركة على الوجه التالي: كأن في المسألة عمين لأم، وخالين لأب.

للعمومة الثلثان، وللخؤولة الثلث.

فالخال الأول يشارك الخال الآخر في الثلث فله نصفه، أي: $\frac{١}{٦}$

وهو يشارك أيضاً العم الآخر في الثلثين فله نصفهما، أي: $\frac{٢}{٦}$

$= \frac{٣}{٦}$

وبذلك يكون له نصف التركة: سدسها باعتبار الخؤولة، وثلثها باعتبار العمومة.

والخال الثاني له السدس فقط، والعم الثاني له الثلث فقط.

٢ ـ مات عن: ابن عمة هو ابن خال شقيق، وبنت خال شقيق.

نجد أن ابن العمة له جهتا قرابة للميت من جانبين مختلفين، أحدهما من جانب الأب، والثاني من جانب الأم، فهل يرث باعتبار الجهتين؟ أم بجهة واحدة؟

وهنا يقول القانون أيضاً: إنه يرث بالجهتين معاً، فيكون تقسيم التركة في المسألة السابقة كما لو مات الميت عن ابن عمة، وابن خال شقيق، وبنت خال شقيق.

يأخذ ابن العمة الثلثين باعتباره من قرابة الأب.

ويأخذ ثلثي ثلث الخؤولة لأنها من قرابة الأم، وثلث الثلث الآخر يعطى لبنت الخال الشقيق.

فيكون نصيب ابن العمة هو: $\frac{٦}{٩}$ نصيب العمومة × $\frac{٢}{٩}$ نصيب الخؤولة = $\frac{٨}{٩}$

ونصيب بنت الخال الشقيق هو: $\frac{٢}{٣}$ باعتبار للأنثى نصف حظ الذكر.

المستند الفقهي لحكم القانون:

وهنا نجد أن القانون في هذه الحالة أخذ مرة باعتبار تعدد جهة القرابة ـ في حالة اختلاف الجانب ـ وأخذ مرة بعدم اعتبار التعدد ـ في حالة عدم اختلاف الجانب ـ فما مستنده الفقهي؟ ولماذا وقف هذا الموقف؟

تقدم معنا أنه لا عبرة بتعدد الجهات في قرابة الجدات فتستحق ذات القرابتين أو الثلاث منهن السدس كما تستحق ذات القرابة الواحدة.

أما في ذوي الأرحام فعن أبي يوسف روايتان:

الرواية الأولى: وهي رواية أهل العراق وخراسان عنه أنه لا يعتبر في ذوي الأرحام تعدد الجهات كما في الجدات.

الرواية الثانية: وهي رواية أهل ما وراء النهر عنه، أنه يعتبر تعدد الجهات في ذوي الأرحام بخلاف الجدات.

ووجه هذه الرواية عنه في التفريق بين الجدات وذوي الأرحام، أن الاستحقاق في الجدات إنما هو بالفرضية، وبتعدد الجهات فيهن لا تزداد فريضتهن.

أما الاستحقاق في ذوي الأرحام، فبالعصوبة الحكمية ـ كما قدمنا ـ فتقاس على العصوبة الحقيقية، وهناك ـ في العصوبة الحقيقية ـ تارة يعتبر تعدد الجهات سبباً للترجيح، كما في الإخوة لأب وأم مع الإخوة لأب، وتارة يعتبر تعدد الجهات سبباً للاستحقاق، كما في ابن العم إذا كان زوجاً، وفي الأخ لأم إذا كان ابن عم، فإنه يعتبر في استحقاقهما السببان معاً.

فكذلك ينبغي أن يعتبر في العصوبة الحكمية ـ ذوي الأرحام ـ السببان معاً، فينبغي اعتبار تعدد الجهات.

هذا وقد صحح السرخسي في «المبسوط»[1] هذه الرواية الثانية عن أبي يوسف، من حيث اعتبار تعدد الجهات في ذوي الأرحام، كما صححه السيد الشريف في شرح السراجية وقال صاحب السراجية: إن هذا قول علمائنا في المسألة[2].

فالقانون أخذ بالرواية الأولى عن أبي يوسف ـ عدم اعتبار التعدد ـ إذا لم يختلف الجانب، وأخذ بالرواية الثانية عنه ـ اعتبار التعدد ـ فيما إذا اختلف الجانب.

وهذا رأي حسن وتفصيل معقول، فإن اختلاف الجانب يجعل الشخص حاملاً لأسمى القرابتين معاً، كما في ابن العمة الذي هو ابن خال شقيق، فأنت ترى أنه يطلق عليه «ابن عمة» ويطلق عليه «ابن خال»، وكذلك في الخال لأب الذي هو عم لأم، فإن له إطلاقين: خال، وعم، فكان كالزوج الذي هو ابن عم.

أما إذا لم يختلف الجانب، فإن الاسم واحد مهما تعددت جهة القرابة، كما في بنت بنت البنت التي هي أيضاً بنت بنت ابن البنت، فإن تعدد القرابة هنا لم يجعل لها اسماً جديداً، وكذلك الجدات، مهما تعددت قرابة الواحدة منهن فإنها تظل يطلق عليها اسم «الجدة».

وأيضاً فما دام للوارث جانبان مختلفان في القرابة، فإن التوريث باعتبار أحدهما دون الآخر، ترجيح بلا مرجح، وإهمال لجانب يستحق الإرث كالجانب الآخر.

الرد على أحد الزوجين

قلنا: إن القانون قد ذهب إلى الرد على أحد الزوجين حين لا يكون للميت وارث من أصحاب الفروض أو العصبات أو ذوي الأرحام، وذلك أخذاً بمذهب عثمان رضي الله عنه[3].

---

(١) انظر: ٣٠/ ١٥.

(٢) انظر: السراجية وشرحها للسيد الشريف الجرجاني: ٢٨٢.

(٣) انظر بحث الرد في هذا الجزء ص: ١٠٩ ـ ١١٤.

وعلى هذا فإذا مات الميت ولم يترك إلا زوجة ورجلاً كان الميت قد أقر له في حياته بأنه أخوه، كان للزوجة أولاً فرض الثمن ثم تأخذ الباقي عن طريق الرد.

وإذا ماتت عن زوج وشخص كان الميت قد أوصى له بكل ماله، كان للموصى له بكل المال ثلث المال أولاً، ويكون للزوج نصف الباقي وهو الثلث، والثلث الأخير يرد على الزوج. فيأخذ الزوج في هذه الحالة ثلثي التركة.

بهذا نطقت الفقرة الثانية من المادة ٢٨٨ وقد شرحناها فيما مضى[١].

عند فقد الورثة

قدمنا في ص ٥١ من هذا الجزء أن الورثة هم: أصحاب الفروض والعصبات وذوو الأرحام، فإذا مات الميت عن غير وارث كانت التركة لواحد من ثلاثة مقدم بعضهم على بعض وفق الترتيب التالي:

١ ـ المقر له بالنسب على الغير.

٢ ـ الموصى له بما زاد عن الثلث.

٣ ـ بيت المال (الخزانة العامة).

وسنذكر الأحكام المتعلقة بهذه الفئات الثلاث مع بيان آراء المذاهب الاجتهادية في ذلك.

١ ـ المقر له بنسب على الغير

إذا كان إقرار الإنسان لآخر بنسب محمول على غيره، كأن يقول عن رجل: هذا أخي، أو هذا عمي، فإن الشروط السابقة معتبرة هنا أيضاً، ويشترط شرط آخر لثبوت النسب هو أن يصدق المحمول عليه بالنسب هذا الإقرار، ففي قوله: هذا أخي يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في هذا الإقرار.

وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٦ حيث قالت: الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

أما بالنسبة إلى الإرث فقد نص القانون على استحقاق المقر له بنسب

---

(١) انظر بحث الرد في هذا الجزء ص ١٠٩ ـ ١١٤.

محمول على الغير، للإرث من المقر حين لا يكون له وارث غيره من ذي فرض أو عصبة أو رحم بالشروط التالية:

أولاً ـ أن لا يثبت نسب المقر له من المقر بطريقة غير الإقرار، فإذا ثبت ببينة أخرى أنه أخوه أو عمه مثلاً كان أخاه أو عمه فعلاً، واستحق التركة على أنه وارث نسبي.

ثانياً ـ أن لا يرجع المقر عن إقراره، بل يستمر في هذا الإقرار حتى الوفاة، فإذا رجع اعتبر ذلك الإقرار باطلاً، ولم يستحق المقر له الإرث، ولو لم يكن يوجد غيره من الورثة، ذلك لأن الإقرار في تلك الحالة يعتبر في معنى الوصية، وللموصي الرجوع عن وصيته متى شاء كما تقدم.

ثالثاً ـ أن لا يقوم به مانع من موانع الإرث، فإذا كان المقَر له قاتلاً للمقِر أو مخالفاً له في الدِّين مثلاً، لا يستحق شيئاً من مال المقر بحال ما.

هذه الشروط نص عليها القانون في المادة ٢٩٨ وهي متفقة مع الأحكام الفقهية.

ملاحظة على القانون:

غير أنه ينبغي أن يضاف إلى ما ذكره القانون هنا من الشروط الثلاثة شرطان آخران:

رابعاً ـ أن يكون المقَر له مجهول النسب، فإن كان معروف النسب لم يكن لهذا الإقرار أية قيمة.

خامساً ـ أن يكون المقَر له حيّاً وقت موت المقِر، أو وقت الحكم باعتباره ميتاً ـ إذا كان المقر مفقوداً ـ ذلك لأنه شرط من شروط الإرث كما تقدم، فلو مات المقَر له قبل موت المقِر لم يرث ورثته (أي المقَر له) شيئاً من تركة المقر.

هذان الشرطان الأخيران يذكرهما الفقهاء أيضاً، ولعل عذر القانون في إغفال الشرط الرابع أنه شرط لا بد منه في كل إقرار بالنسب كما تقدم، فكذلك لا بد منه في استحقاق المقَر له للإرث عند عدم الورثة النسبيين.

وأما الشرط الخامس فلعل عذر القانون في إغفاله أيضاً أنه شرط لا بد منه في كل استحقاق للإرث بأي سبب كان، وقد نص عليه القانون في أوائل أحكام

المواريث (الفقرة الثانية من المادة ٢٦٠) هذا ونحب التنبيه إلى أمرين:

١ ـ أن استحقاق المقَر له بنسب محمول على الغير كل التركة عند عدم الورثة ـ ذوي فروض أو عصبات أو ذوي أرحام ـ ليس من باب الإرث، لأن الإرث لا يكون إلا بنسب ثابت أو زوجية، والمقَر له بنسب محمول على الغير لا يثبت نسبه من ذلك بمجرد إقرار المقِر، وإنما يأخذ التركة على أنه أولى بها من الموصى له بما زاد على الثلث وأولى من بيت المال، ولهذا جاء ترتيبه في المادة ٢٦٢ في الاستحقاق على أنه غير وارث، حيث نصت الفقرة الثانية منها على أنه إذا لم يوجد (ورثة) قضي من التركة بالترتيب التالي:

ـ استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره. ب ـ ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية.

٢ ـ استحقاق المقَر له هذا، إنما هو على مذهب أبي حنيفة، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فإذا لم يثبت النسب في هذه الحالة، فإنه يثبت الإرث به من المقِر، وهذا ما يقتضيه الإقرار.

وخالف الشافعي فلم يجعل له حقّاً في المال، لأن الإقرار انصبَّ أولاً على النسب، وفي ضمنه حق الإرث، فإذا بطل الإقرار بالنسب بطل ما في ضمنه تبعاً.

الموصى له بما زاد على الثلث

إذا مات الإنسان وليس له وارث ولا مقَر له بالنسب على الغير، وكان قد أوصى لإنسان بكل ماله، أو بما زاد على ثلث ماله، استحق الموصى له حنيئذ المال كله في حال الوصية بكل المال، أو ما زاد على الثلث، في حال الوصية بنصف المال أو ثلثيه مثلاً، لأن منعه من استحقاق الوصية بأكثر من الثلث، إنما كان لمصلحة الورثة وكما في الحديث **«إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»** وحيث لم يوجد ورثة في هذه الحالة، فقد استحق ما أوصى له به.

وهذا أيضاً على مذهب أبي حنيفة، وخالفه في ذلك مالك والشافعي وغيره، حيث قالوا: إن ما زاد على الثلث يرد إلى بيت المال ولا يستحقه الموصى له.

وقد أخذ القانون بمذهب أبي حنيفة.

بيت المال

إذا مات إنسان وليس له واحد مستحق لتركته كما ذكرنا، أو مستحق لما بقي منها، كانت التركة أو ما بقي منها لبيت المال بإجماع الفقهاء.

ذلك لأن بيت المال في الإسلام مكلف بواجبات اجتماعية كثيرة، منها إعالة الفقراء ومداواتهم والقيام بحاجياتهم، والإنفاق على اليتامى واللقطاء الذين لا مال لهم، وأمثال ذلك من كل ما يحتاج إليه المجتمع من النفقات العامة، وما يحتاج إليه الضعفاء وذوو الحاجات.

والموارد المالية التي يحتاج إليها بيت المال لسد هذه الوجائب الاجتماعية، كثيرة، منها الأموال الضائعة التي لم يعثر على صاحبها، ومنها التركات التي ليس لها مستحق، وقد اعتبرها فقهاء الحنفية على أنها من قبيل الأموال الضائعة فيأخذها بيت المال بهذا الاعتبار، لا من قبيل الإرث.

وفي الشريعة اليهودية أن الإنسان إذا مات عن غير وارث كان أحق الناس بماله أسرعهم إلى الاستيلاء عليه!

ولا يخفى ما في حكم الشريعة الإسلامية من تفهم لمعنى الدولة وواجباتها يتفق مع مفهوم الدولة وواجباتها في القوانين والأنظمة المعمول بها في جميع بلاد العالم المتحضر اليوم.

وبهذا نكون قد بينا جميع المستحقين في التركات بعد موت أصحابها، وبقي علينا بيان أحكام بعض الوارثين الذين لهم أوضاع خاصة تقتضي التفصيل، وهذا ما نتحدث عنه في الباب التالي:

الباب الثامن

في أحكام متنوعة

وهو يشمل الأبحاث التالية :

أ ـ أحكام توريث الحمل.

ب ـ أحكام توريث المفقود.

جـ ـ أحكام توريث الخنثى.

د ـ أحكام توريث ولد الزنى.

هـ ـ أحكام توريث ولد اللعان.

و ـ أحكام من جهل تاريخ وفاتهم.

ز ـ أحكام إرث اللقيط.

حـ ـ أحكام التخارج.

ط ـ أحكام المسائل المشهورة في المواريث.

ي ـ أحكام عامة.

ك ـ أحكام الأحوال الشخصية للطوائف الأخرى.

أ ـ توريث الحمل

لا خلاف بين العلماء في أن الميت إذا كان من ورثته حمل في بطن أمه يحسب حسابه في تقسيم التركة بشرطين:

أ ـ أن يثبت وجوده حيّاً عند موت مورثه.

ب ـ أن ينفصل عن أمه حيّاً ولو مات بعد دقائق.

وفي كل شرط من هذين الشرطين بحث وتفصيل.

أ ـ وجوده حياً عند موت المورث:

هذا شرط لا بد منه في كل وارث كما تقدم في شروط الإرث، ولكن كيف نعلم حياته عندئذ؟ هنا تفصيل:

١ ـ فإن كانت الحامل زوجة للمورث المتوفى، أو كانت معتدة حين وفاته من طلاق أو فرقة، فلا بد لثبوت إرث الحمل منه من أن تأتي به لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الطلاق أو الفرقة، فإذا جاءت به لأكثر من ذلك لا يرث، لأنه لا يثبت نسبه من الميت فلا يرث منه، بل يكون من زوج آخر،

٢ ـ وإن كانت الحامل زوجة لغير المتوفى كأمه أو زوجة ابنه أو زوجة أخيه، فلا بد لثبوت إرثه من المورث أن تأتي به لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث، إن كانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حين وفاة المورث، وإن كانت غير قائمة بل كانت معتدة لطلاق أو فرقة أو وفاة، فيشترط أن تأتي به لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ العدة أو الوفاة.

والفرق بين الزوجية القائمة بين المتوفى وزوجته، وبين زوجية الحامل من غير المتوفى، في أننا بالنسبة إلى المتوفى لا بد من انتظار أقصى مدة الحمل ـ وهو سنة ـ لإثبات حملها منه ثم توريثه بعد ذلك، أما في الحامل من غير المتوفى، فإنا

لا نريد إثبات نسب الحمل من أبيه ـ فذلك له قواعده العامة ـ ولكنا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورث، وذلك متأكد خلال تسعة شهور من وفاة المورث، وما زاد على ذلك فأمر مشكوك فيه، والإرث خلافه فلا يثبت بالشك.

ولنضرب لهذه القاعدة بعض الأمثلة:

١ ـ مات عن: زوجة حامل، وأب.

إن ولدته خلال سنة من تاريخ الوفاة ورث، وإن ولدته لأكثر من ذلك لا يرث.

٢ ـ مات عن: مطلقة منه حامل، وأب.

إن ولدته خلال سنة من بدء العدة ورث، وإن ولدته لأكثر لا يرث.

٣ ـ مات عن: أب، وأم حامل وهي لا تزال زوجة لأبيه.

إن ولدته لتسعة أشهر فأقل يرث كأخ للميت، وإن ولدته لأكثر لا يرث.

٤ ـ مات عن: بنت، وأم حامل وهي معتدة من أبيه لطلاق أو وفاة.

إن ولدته لسنة فأقل ورث، وإن ولدته لأكثر لا يرث.

هذا، وهنالك تفصيل بين ما إذا كانت الحامل قد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر، ولم نتعرض لذلك لأن هذا الذي ذكرناه مأخوذ من القانون المصري وسنذكر نصه فيما بعد.

ب ـ ولادته حياً:

هنا أبحاث:

١ ـ هل يشترط أن يولد كله حياً: أم يكفي أن يولد أكثره حياً ولو مات بعد ذلك؟

قال الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد والشيعة الإمامية: لا بد من أن يولد كله حياً، فلو خرج أكثره حياً ثم مات بعد ذلك لم يرث.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يكفي أن يولد أكثره حياً، لأن للأكثر حكم الكل في كثير من أحكام الشريعة.

وتحديد الأكثر عندهم يختلف بين أن يخرج رأسه أولاً، وبين أن تخرج رجلاه أولاً.

ففيما إذا خرج رأسه أولاً يكون الأكثر بخروج الصدر كله، وفيما إذا خرجت رجلاه أولاً يكون الأكثر بخروجه حتى تظهر السرة، فإذا مات بعد ذلك في الحالتين اعتبر ولد حيّاً.

٢ ـ ما هي علامة الحياة؟ يقول الأئمة الثلاثة: هي الحياة المستقرة كالبكاء والتثاؤب والعطاس ومد اليد وقبضها، أما الاختلاجة البسيطة فلا تدل على الحياة بل هي كحركة المذبوح.

وقال فقهاء الحنفية: إن الحركة البسيطة والتنفس ولو قليلاً كاف في ثبوت حياته عند الولادة، فلو مات بعد ذلك يرث ويورث.

٣ ـ لو جنى جان على أمه الحامل به فأسقطته ميتاً، هل يرث أم لا؟

قال فقهاء الحنفية: يرث ويورث عنه، لأن الشارع قد أوجب على الجاني فيه غُرة (دية) وذلك دليل على أن الشارع قد اعتبره حيّاً عند وقوع الجناية على أمه، فيلزم عليه ثبوت الإرث له ومنه، ويؤكد ذلك أن غرته تورث عنه قولاً واحداً، فكيف صح ذلك لولا أن الشارع اعتبره أهلاً للملك وذلك دليل على اعتبار حياته.

وقال الشافعية وهو رأي الشيعة الإمامية أيضاً: إنه لا يرث ولو نزل أكثره حيّاً ثم مات. لأن شرط استحقاقه الإرث أن يولد حيّاً كما سبق.

هل تقسم التركة حال وجود الحمل!

قال المالكية: إذا كان في الورثة حمل لا تقسم التركة بل توقف قسمتها حتى يولد أو يحصل الإياس من ولادته، لأن في القسمة تسليطاً للورثة على ما يأخذونه من مال الميت باعتباره ملكاً لهم، وفي ذلك احتمال لإتلافه، واستهلاكه، فإذا ولد حيّاً واستحق بعض ما في أيديهم من مال الميت أو كله، كان استرداد حقه منهم محلاً للخطر.

وقال الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء: إن التركة تقسم من غير حاجة إلى الانتظار، لما فيه من إضرار بالورثة ومنع للإنسان من أن ينتفع بملكه، وهذا غير جائز. أما احتمال تصرف الورثة بما أخذوه من التركة فيمكن أن يحتاط لحق الحمل من الضياع كما سيأتي.

وفي قول اعتمده فقهاء سمرقند ـ من فقهاء الحنفية ـ وهو أنه إذا كانت الولادة قريبة ـ شهراً فأقل ـ توقف قسمة التركة حتى يولد الحمل أو يتبين الأمر لعدم الإضرار بالورثة حينئذ، وإن كانت بعيدة ـ أكثر من شهر ـ تقسم التركة، وهذا قول معتدل وفيه جمع بين المصلحتين، ولكن القانون أخذ برأي الجمهور.

كم يقدر عدد الحمل؟

إذا أردنا تقسيم التركة بين الورثة وفيهم حمل، فهل نقدره بواحد فقط. بذلك قال أبو يوسف وهو المفتى به عند فقهاء الحنفية وبه أخذ القانون لأنه هو الغالب المعتاد في الحمل، وما كان أكثر من ذلك فهو نادر، ومع ذلك فنحتاط لاحتمال أن يكون أكثر من واحد يأخذ كفالة من الورثة ـ ممن يتأثر نصيبهم بتعدد الحمل ـ لاسترداد ما أخذوه على أن الحمل واحد.

وقال محمد وأحمد: يقدر الحمل باثنين ـ ذكراً أو أنثى ـ لأنه يقع كثيراً.

وقال الشيعة الإمامية: يقدر الحمل بولدين ذكرين.

وقال أبو حنيفة: يقدر الحمل بأربعة، لأنه قد يقع أن تلد المرأة في بطن واحد أكثر من واحد حتى الأربعة.

وقال الشافعي: إذا كان تقسيم التركة يتأثر بعدد الحمل فلا تقسم حتى يتبين الأمر، لأن من الممكن أن تحمل الأم أربعة أو خمسة أو ستة في بطن واحد وللشافعية في ذلك حكايات أوصلها بعضهم إلى أن امرأة ولدت أربعين ولداً كل ولد كالأصبع، ثم عاشوا جميعاً حتى صاروا يركبون الخيول بجانب أبيهم[١].

ونحن نرى أن قول أبي يوسف المعتمد لدى فقهاء الحنفية هو أعدل الأقوال وهو الذي أخذ به القانون، لأن ولادة التوأم ـ وإن كانت تقع ـ نادرة بالنسبة للولد الواحد، أما الأكثر من ذلك فهي حوادث نادرة جداً، وقد قرأنا في الصحف عمن ولدت ثلاثة، وأخرى ولدت أربعة، وأخرى ولدت خمسة، وعاشوا جميعاً، ولم نسمع في حياتنا عمن ولدت أكثر من ذلك، والله أعلم بصحة الحكايات التي يذكرها فقهاء الشافعية، ولئن كان العقل لا يحكم باستحالة ذلك، فإن الشرع يبني على الكثير الغالب، لا على النادر أو ما يشبه المستحيل في الواقع من حياة الناس.

---

(١) العذب الفائض: ٢/ ٩١.

كيف تقسم التركة بوجود الحمل؟

١ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أن الورثة إذا رضوا بوقف القسمة حتى يولد الحمل فإن التركة توقف قسمتها حينئذ.

٢ ـ ولا خلاف بينهم في أن الحمل إذا كان محجوباً على كل تقدير، لوجود من يحجبه من الورثة، فإن التركة تقسم، ولا عبرة لوجود الحمل.

وإليك المثال: مات عن: أب، وابن، وأم حامل.

الحمل هنا لا يخلو من أن يكون أخاً شقيقاً للمتوفى أو أخاً لأب أو أخاً لأم. وعلى جميع التقديرات لا يرث من التركة شيئاً، لوجود الأب والابن، وأنت تعلم أن كلاً منهما يحجب الإخوة من الميراث.

فالتركة هنا تقسم حالاً وفق القواعد السابقة في تقسيم التركات.

٣ ـ ولا خلاف بينهم أيضاً في أن الحمل إذا كان حاجباً للموجودين ولو على بعض التقديرات، فإن التركة توقف، ولا يعطى الموجودون منها شيئاً.

مثال ذلك: ما لو مات المسلم عن زوجة كتابية حامل، وإخوة لأم، فإن الإخوة هنا محجوبون كيفما كان الحمل ذكراً أم أنثى، والزوجة لا ترث لاختلاف الدين، فالتركة كلها للحمل.

ولو مات عن زوجة كتابية حامل، وإخوة أشقاء أو أب، فالحمل هنا محتمل لأن يكون أنثى فلها النصف، وللإخوة النصف بالتعصيب، ويحتمل أن يكون ذكراً فله كل المال، ولا شيء للإخوة.

٤ ـ إذا كان الحمل مشاركاً للموجودين غير حاجب ولا محجوب، ولكن يحتمل أن يكون ذكراً أو يحتمل أن يكون أنثى، فإن كان لا يختلف حاله بين الذكورة والأنوثة، فإن الجمهور ـ خلافاً للمالكية ـ قالوا: يفرض له نصيبه، ثم يعطى الباقون أنصباءهم.

فلو مات عن زوجة، وأم حامل، أخذت الزوجة الثمن، والأم السدس، ويحتفظ بالباقي للحمل، لأن نصيبهما لا يختلف بين أن يكون الحمل ذكراً أو أنثى فإذا جاء ذكراً أخذ الباقي كله، وإذا جاء أنثى أخذت النصف ثم رد الباقي بينها وبين الأم بحسب سهامهما.

٥ ـ وإذا كان يختلف نصيبه بين الذكورة والأنوثة، أو كان وارثاً على تقدير دون تقدير، يحتفظ له بأحسن النصيبين، ويعطى الورثة على فرض أدنى النصيبين، أي نفرض المسألة أولاً على أنه ذكر لنرى نصيبه من التركة، ثم نفرض المسألة مرة ثانية على أنه أنثى لنرى نصيبه في هذه الحالة أيضاً، ثم نحتفظ له بأحسن النصيبين، ونعطي الورثة أنصباءهم بعد ذلك، فإذا جاء بعد الولاة كما فرضنا في أحسن النصيبين، كانت القسمة على حالها، وإلا أعطي نصيبه ورد الباقي على الورثة.

وإليك بعض الأمثلة على هذا:

١ ـ مات عن: أب، أم، زوجة حامل، بنت.

على فرض أن الحمل ذكر تقسم المسألة هكذا، وأصل المسألة من ٢٤

للأب، للأم، للزوجة، للبنت والحمل (ابن).

$\frac{١}{٦}$ = ٤، $\frac{١}{٦}$ =٤، $\frac{١}{٨}$ = ٣، ١٣، المجموع: ٢٤.

وعلى فرض أن الحمل أنثى تعول المسألة إلى ٢٧.

للأب، للأم، للزوجة، للبنت والحمل (بنت)

$\frac{١}{٦}$ = ٤ + الباقي، $\frac{١}{٦}$ = ٤، $\frac{١}{٨}$ = ٣، $\frac{٢}{٣}$ = ١٦، المجموع: ٢٧

هنا نجد أن فرض الحمل ذكراً أصلح له، إذ أنه يأخذ في هذه الحالة $\frac{٨ \frac{٢}{٣}}{٢٤}$، بينما يأخذ على فرض أنه أنثى: $\frac{٨}{٢٧}$.

لذلك نحتفظ له بأحسن الفرضين وهو: $\frac{٨ \frac{٢}{٣}}{٢٤}$ ويأخذ بقية الورثة هكذا:

للأب، للأم، للزوجة، للبنت

$\frac{٤}{٢٧}$ $\frac{٤}{٢٧}$ $\frac{٣}{٢٧}$ $\frac{٨}{٢٧}$

وما بقي من فرق الانصباء يوضع عند أمين، ويؤخذ أيضاً كفيل من البنت لرد ما يزيد عما أخذته إذا جاء الحمل متعدداً.

فإذا جاء الحمل ذكراً أعطي ما حفظ له من نصيبه، وأقرت القسمة بين الورثة كما مر في افتراض الذكورة.

وإذا جاء الحمل أنثى أنفذت القسمة كما مر في افتراض الأنوثة.

وإذا جاء الحمل متعدداً عدلت القسمة مع البنت بما يتفق مع حالة التعدد.

٢ ـ مات عن: زوجة، أب، أم، بنت، زوجة ابن متوفى حبلى.

أصل المسألة أيضاً من ٢٤ وعلى فرض ذكورة الحمل تقسم هكذا:

زوجة، أب، أم، بنت، ابن ابن (حمل)

$\frac{١}{٨}$ = ٣، $\frac{١}{٦}$ = ٤، $\frac{١}{٦}$ = ٤، $\frac{١}{٢}$ = ١٢، ع = ١، المجموع: ٢٤

وعلى فرض أنوثة الحمل تعول المسألة إلى ٢٧ هكذا:

زوجة، أب، أم، بنت، بنت ابن (حمل)

$\frac{١}{٨}$ = ٣، $\frac{١}{٦}$ = ٤، $\frac{١}{٦}$ = ٤، $\frac{١}{٢}$ = ١٢، $\frac{١}{٦}$ = ٤، المجموع: ٢٧

ومن ذلك نرى أن فرض الحمل أنثى أصلح له، فنحتفظ له بنصيبه وهو $\frac{٤}{٢٧}$، ويأخذ الورثة أنصباءهم كما في افتراض الأنوثة، نفعل مثل ما مر معنا في المسألة السابقة.

ونزيدك بعض الأمثلة العامة في هذا الموضوع:

٣ ـ ماتت عن: زوج، أخت شقيقة، أخوين لأم، زوجة أب حامل.

إذا فرضنا الحمل ذكراً لم يستحق شيئاً من الميراث، لأنه يكون أخاً لأب وهو عصبة، وفي هذه المسألة لا يبقى له شيء، لأن التقسيم هكذا، أصل المسألة من ٦ وتعول إلى ٨:

زوج، أخت ش، أخوان لأم.

$\frac{١}{٢}$ = ٣، $\frac{١}{٢}$ = ٣، $\frac{١}{٣}$ = ٢، المجموع: ٨.

وإن فرضناه أنثى كانت أختاً لأب تستحق السدس تكملة للثلثين، وتعول المسألة حينئذ إلى ٩ هكذا:

زوج، أخت ش، إخوان لأم، حمل (أخت لأب)

$\frac{١}{٢}$ = ٣، $\frac{١}{٢}$ = ٣، $\frac{١}{٣}$ = ٢، $\frac{١}{٦}$ = ١، المجموع: ٩

في هذه المسألة نرى أن فرضه أنثى أصلح له فنحتفظ له بنصيبه وهو $\frac{١}{٩}$ ونعطي الورثة بقية أنصبائهم على هذا الفرض، فإذا جاء أنثى مضت المسألة كما هي، وإذا جاء ذكراً قسمناها كما في الفرض الأول.

٤ ـ مات عن: زوجة، أم حامل من غير أبيه، أخ لأم.

هنا لا يختلف الأمر بين أن يكون ذكراً أو أنثى، لأنه أخ لأم، فللزوجة الربع، وللأم السدس، وللأخ لأم السدس، وللحمل السدس، والمسألة من ١٢:

زوجة، أم، أخ لأم، حمل.

$\frac{1}{4}$ = ٣، $\frac{1}{6}$ = ٢، $\frac{1}{6}$ = ٢، $\frac{1}{6}$ = ٢، المجموع: ٩.

وفي هذه المسألة رد على أصحاب الفرائض ما عدا الزوجة، فنجري قاعدة الرد بحسب السهام، ونأخذ من الأخ لأم كفيلاً لاحتمال التعدد، إذ يكون الأخوة حينئذ مشتركين في الثلث.

٥ ـ مات عن: أب، زوجة حبلى.

على فرض ذكورة الحمل تقسم المسألة هكذا والمسألة من ٢٤:

أب، زوجة، حمل (ابن).

$\frac{1}{6}$ = ٤، $\frac{1}{8}$ = ٣، = ١٧ المجموع: ٢٤.

وعلى فرض الأنوثة تقسم المسألة هكذا:

أب، زوجة، حمل (بنت).

$\frac{1}{6}$ = ٤ + ٥ وهو الباقي، $\frac{1}{8}$ = ٣، $\frac{1}{2}$ = ١٢، المجموع: ٢٤.

في هذه المسألة نجد أن فرض ذكورته أصلح له، فنحتفظ له بنصيب الذكورة ونعطي الأب نصيبه على هذا الفرض، وهو ٤، أما الزوجة فلا يتغير نصيبها في أحد الحالين، فإذا ظهر أنثى أعطي الأب ما بقي وهو: ٥.

٦ ـ ماتت عن: أم، جدة ثابتة حبلى من أبيه.

للأم الثلث، ولا شيء للجدة، والحمل إن فرض ذكراً كان عمّاً فيأخذ الباقي، وإن فرض أنه أنثى كان عمة فلا شيء لها لأنها من ذوات الرحم، وعلى ذلك فنحتفظ للحمل على أنه ذكر وهو ثلثا التركة، فإن ظهر كذلك أخذ نصيبه، وإن ظهر أنثى رد الثلثان على الأم.

٧ ـ ماتت عن: زوج، أم حبلى من غير أبي الميت.

الحمل هنا سواء كان ذكراً أم أنثى هو أخ للميت من أمه، فتقسم التركة هكذا:

للزوج $\frac{١}{٢}$ = ٣، للأم $\frac{١}{٣}$ = ٢، للحمل $\frac{١}{٦}$ = ١، المجموع: ٦

يؤخذ هنا كفيل من الأم بأن الحمل إن جاء متعدداً نسترد السدس منها لأنها تستحق حينئذ السدس فقط، ويعطى حينئذ للأخوين لأم أو لأكثر.

٨ ـ مات عن: زوجة حبلى، أخ شقيق، أم.

للزوجة $\frac{١}{٨}$، وللأم $\frac{١}{٦}$، ولا يعطى الأخ الشقيق شيئاً، ويحجز الباقي للحمل، فإن ظهر ذكراً استحق الباقي ولا شيء منه للأخ، وإن ظهر أنثى، أخذت النصف، والباقي وهو ٥ يعطى للأخ الشقيق لأنه عصبة.

مع القانون:

تكلم القانون عن أحكام توريث الحمل في ثلاث مواد:

ففي المادة ٢٩٩ ذكر أنه يوقف للحمل من تركة المتوفى أكبر النصيبين على تقدير أنه ذكر وعلى تقدير أنه أنثى، وهذا يتفق مع ما ذكرناه، وعبارته لا تشمل إلا حالة واحدة وهي أن يكون الحمل غير حاجب ولا محجوب، ولكنه يختلف نصيبه بين الذكورة والأنوثة، أما الحالات الأخرى فقد ذكرناها لك وهي من المتفق عليها كما علمت.

بقي أن عبارة القانون لا تنظر إلى احتمال تعدد الحمل، فهي متفقة مع رأي أبي يوسف وهو المفتى به عند فقهاء الحنفية، ولم يتعرض القانون لأخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم بين أن يكون واحداً أو أكثر، فيكون من الحكم المسكوت عنه الذي تطبق عليه المادة ٣٠٥ وهي العمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة، وقد علمت أن المفتى به في المذهب الحنفي رأي أبي يوسف وهو يذهب إلى أخذ الكفالة.

وفي المادة ٣٠١ نصت الفقرة الأولى منها على أنه إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه بعد ولادته، يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة ونصت الفقرة الثانية منها على أنه إذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة.

ومما تقدم تعلم أنه لا مجال لاحتمال أن ينقص الموقوف للحمل عما يستحقه إلا في حالة احتمال التعدد، فالرجوع في هذه الحالة على الكفيل في حق

من يتأثر نصيبه بالتعدد كما هو مقتضى المذهب الحنفي.

وفي المادة ٣٠٠ نص على أنه إذا توفي الرجل عن زوجته أو معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً ثابت النسب منه بالشرائط المبيّنة لثبوت النسب في هذا القانون.

وقد ذكرنا في أبحاث ثبوت النسب تلك الشرائط، وأعدناها فيما سبق عند أحكام توريث الحمل.

غير أن القانون اقتصر على ما إذا كان الحمل من زوجة المتوفى أو معتدته، ولم يتعرض لما إذا كان من زوجة غير المتوفى أو معتدته، وقد بحثنا ذلك آنفاً نقلاً عن القانون المصري، وإليك نص المادة الواردة فيه بهذا الشأن:

المادة ٤٣: إذا توفي الرجل عن زوجته أو معتدته، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة، ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين:

الأولى: أن يولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة، إن كانت أمه معتدة عدة موت أو فرقة، ومات المورِّث أثناء العدة.

الثانية: أن يولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورِّث إن كان من زوجته قائمة وقت الوفاة.

هذا ونريد أن ننبه إلى أن بعض هذه الأحكام مخالف لمذهب الحنفية، ومأخوذ من أقوال في مذهب أحمد رحمه الله.

ب ـ أحكام المفقود[1]

تعريفه:

هو الغائب الذي لم تعرف حياته أو مماته، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به، إذا كان مجهول الحياة أو الموت، فلو كان معلوم المكان ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود[2].

أحكامه:

للمفقود أحكام تتعلق بثلاث نواح رئيسة:

١ ـ بالنسبة إلى زوجته.

٢ ـ بالنسبة إلى أمواله الثابتة له قبل غيابه أو ما جدَّ له من ريع أملاكه.

٣ ـ بالنسبة إلى إرثه عن غيره ممن يموت أثناء غيابه وكذا الوصية له والهبة.

أ ـ بالنسبة إلى زوجته:

تقدم معنا في أبحاث التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج أن الفقهاء قد اختلفوا في المدى الذي تنتظر فيه الزوجة حتى يمكنها طلب التفريق بينها وبين زوجها، وأن القانون قد اختار أن لها حق طلب التفريق بعد مضي سنة من الغياب[3].

ب ـ بالنسبة إلى أمواله:

يقرر فقهاء الحنفية أن المفقود يعتبر حياً بالنسبة إلى أمواله الثابتة ملكيتها له

---

(١) انظر أحكام المفقود في الفقه الحنفي في المبسوط الجزء: ١١، والجزء: ٣٠، وفي فتح القدير: ٣٦٧/٥، وفي الفقه الشافعي في نهاية المحتاج: ٢٨/٦، وفي الفقه المالكي في الخرشي على خليل: ٣٤/٣، وفي الفقه الحنبلي: المغني: ٢٠٥/٧.

(٢) ابن عابدين: ٣٢٨/٢.

(٣) الجزء الأول من هذا الشرح ص ٢٣٦.

وفي حقوقه الأخرى حتى تقوم البينة على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته، وعلى ذلك تنبني الأحكام التالية عندهم:

١ ـ لا يقسم ماله بين الورثة.

٢ ـ لا تفسخ إجارته، إذ من المقرر عند فقهاء الحنفية أن الإجارة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين.

٣ ـ ينصب القاضي وكيلاً عنه بقبض ما له من ديون، ويحفظ ماله.

٤ ـ لا يكون الوكيل خصماً فيما يُدعى على المفقود من دين ووديعة وشركة وغيرها.

٥ ـ يبيع القاضي من ماله ما يخاف عليه الفساد والتلف إن بقي في يد الوكيل.

٦ ـ لا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد من مال أو عقار.

٧ ـ ينفق القاضي على زوجته وأصوله وفروعه فحسب، لأن هؤلاء لهم الحق في أخذ نفقتهم في حال حضوره من غير قضاء، وإنما يكون القضاء معيناً لهم في أخذ حقهم، أما بالنسبة إلى غيرهم ممن يستحقون النفقة كالحواشي، فلا ينفق القاضي عليهم مدة غيابه، لأن الحكم عليه بالنفقة حكم على الغائب، وهو لا يجوز عند فقهاء الحنفية إلا في حالات معدودة ليست هذه منها.

والمفقود يعتبر ميتاً بالنسبة إلى غيره، فلا يرث ممن مات من أقاربه حال غيابه ولو كان مستحق الإرث، ولا يعطى ما أوصي له به أو وهب له، لأن الشرط في استحقاق الإرث والوصية ثبوت حياة الوارث أو الموصى له عند موت المورث أو الموصي، وحياته في حال غيابه غير محققة بل هنالك احتمال أن يكون ميتاً.

ولكنه مع هذا يوقف نصيبه من الإرث والوصية لاحتمال ظهور حياته.

والفرق عند فقهاء الحنفية بين التصرف في أمواله، وبين استحقاقه من مال غيره بالإرث والوصية، أن حياته هي الأصل، فتعتبر مستمرة حتى يقوم الدليل على موته أو يحكم القاضي بموته. والاستصحاب ـ استصحاب الحالة السابقة ـ يعتبر حجة ضعيفة فيصلح للدفع لا للإثبات، أي لدفع ملكية غيره لأمواله، لا لإثبات ملكيته من غيره.

والشافعية ومن وافقهم يعتبرون الاستصحاب حجة صالحة للدفع والإثبات فيرث من غيره ولا يورث عنه ماله.

وعند التطبيق العملي نجد الحنفية وغيرهم متفقين على أن الغائب يحتفظ له بنصيبه من الإرث والوصية والهبة حتى يتبين حاله.

أما بالنسبة إلى الحنفية فإنه وإن كان لا يستحق الإرث والوصية والهبة بناء على قاعدتهم السابقة، إلا أنه يحتمل أن تظهر حياته بعد ذلك فنحتفظ له بنصيبه.

وأما بالنسبة إلى الشافعية ومن وافقهم فهو متجه على قاعدتهم السابقة، فيفرز له نصيبه على أنه حي حتى يقوم الدليل أو يحكم القاضي بخلافه.

جـ ـ إرثه من غيره:

للفقهاء في ذلك قولان رئيسان:

١ ـ أنه يعتبر ميتاً فلا يرث عن غيره، وتقسم التركة بين ورثة الميت على أن الغائب غير حي.

٢ ـ أنه يعتبر حيّاً ويفرز له نصيبه على هذا الأساس حتى يتبين خلاف ذلك، وهذا هو المفتى به في المذاهب الأربعة وهو الذي مشى عليه القانون (المادة ٣٠٢).

كيفية توريثه:

بناءً على ما ذكرناه آنفاً، يعتبر حيّاً عند قسمة التركة، ويأخذ الباقون أنصباءهم على هذا الأساس، فإن تبين موته أو حكم القاضي بموته، رد نصيبه على الورثة وفق القواعد السابقة في الميراث، وإن تبينت حياته أخذ نصيبه الموقوف له.

وعلى ذلك فتكون الاحتمالات في تقسيم التركة كالاحتمالات السابقة في توريث الحمل:

١ ـ فإن كان المفقود لا يرث بحال، قسمت التركة من غير توقف كما في المسألة التالية:

مات عن: زوجة، وابن، وأب، وأم، وأخ مفقود:

المفقود هنا لا يرث ولو كان حيّاً لسقوطه بالأب والابن، فتقسم التركة هكذا والأصل من ٢٤:

للزوجة $\frac{١}{٨} = \frac{٣}{٢٤}$

وللأب $\frac{١}{٦} = \frac{٤}{٢٤}$

وللأم $\frac{١}{٦} = \frac{٤}{٢٤}$

وللابن الباقي: $\frac{١٣}{٢٤}$

٢ ـ وإن كان الورثة محجوبين على فرض حياة المفقود، لا يعطون شيئاً، وتوقف التركة كلها للمفقود حتى تتبين حاله، كما في المسألة التالية:

مات عن: أخ شقيق، ابن عم، ابن مفقود:

لا شيء للأخ، ولا لابن العم على فرض حياة الابن المفقود، فتوقف التركة كلها للمفقود.

٣ ـ وإن كان يختلف الأمر بين حياته أو موته، نقف له نصيبه على أنه حي، وتقسم التركة بين الورثة على هذا الفرض، ثم نقسمها على أنه ميت، ويعطى الورثة الموجودون أدنى النصيبين كما في المسألة التالية:

مات عن: زوجة، أم، ابن مفقود.

على فرض الحياة: للزوجة $\frac{١}{٨} = \frac{٣}{٢٤}$، للأم $\frac{١}{٦} = \frac{٤}{٢٤}$، للابن الباقي = $\frac{١٧}{٢٤}$.

على فرض الوفاة: للزوجة $\frac{١}{٤} = \frac{٣}{١٢}$، للأم $\frac{١}{٣} = \frac{٤}{١٢}$ فرضاً ثم لها الباقي رداً = $\frac{٥}{١٢}$.

وإليك مزيداً من الأمثلة:

١ ـ مات عن: زوج، ابن ابن، أخ لأم مفقود.

الأخ لأم لا يرث هنا. لوجود ابن الابن، فتقسم التركة هكذا:

للزوج $\frac{١}{٢}$ ولابن الابن الباقي وهو النصف.

٢ ـ مات عن: بنتين، وابن مفقود.

على فرض الحياة: المال بين الابن فيأخذ نصفه، وبين البنتين فتأخذان النصف.

على فرض الوفاة: للبنتين الثلثان فرضاً، والثلث الأخير رداً فيأخذن كل المال.

وبذلك نعطي البنتين النصف فقط، ونوقف النصف الثاني للمفقود، فإن ظهرت حياته أخذه، وإلا أعطي للبنتين.

٣ ـ مات عن: أخوين شقيقين أحدهما مفقود:

يأخذ الأخ الموجود النصف فقط، ويوقف النصف الثاني للأخ المفقود، فإن ظهرت حياته أخذه، وإلا أعطي للأخ الموجود.

٤ ـ ماتت عن: اختين ش، عم، زوج مفقود:

على فرض الحياة: للزوج $\frac{٣}{٦}$، وللأختين $\frac{٤}{٦}$ ولا شيء للعم وفي المسألة عول.

وعلى فرض الوفاة: للأختين $\frac{٢}{٣}$، وللعم الباقي وهو الثلث.

فنعطي الأختين في هذه الحالة $\frac{٤}{٧}$ ويوقف الباقي للمفقود.

٥ ـ ماتت عن: زوج، بنت، ابن مفقود:

على فرض الحياة: للزوج $\frac{١}{٤}$، وللابن والبنت الباقي وهو $\frac{٣}{٤}$.

على فرض الوفاة: للزوج $\frac{١}{٤}$، وللبنت الباقي فرضاً ورداً.

فيعطى الزوج نصيبه وهو الربع، وتعطى البنت نصيبها على فرض حياة أخيها المفقود، ويوقف للمفقود نصيبه.

٦ ـ مات عن: زوجة، أب، أم، بنت، ابن مفقود:

على فرض الحياة: للزوجة $\frac{١}{٨}$ = ٣، للأب $\frac{١}{٦}$ = ٤، للأم $\frac{١}{٦}$ = ٤، للبنت والابن الباقي = ١٣.

على فرض الوفاة: للزوجة $\frac{١}{٨}$ =٣، للأم $\frac{١}{٦}$ = ٤، للأب $\frac{١}{٦}$ = ٤ + ١، للبنت $\frac{١}{٢}$ = ١٢.

فتعطى الزوجة والأم نصيبهما، إذ لا يختلف نصيبهما في الحالين، ويعطى

الأب السدس فقط، وتعطى البنت نصيبها على فرض حياة أخيها، ويحفظ للمفقود نصيبه على فرض حياته.

٧ ـ مات عن: زوجة، أب، أم، بنتين، ابن مفقود:

على فرض الحياة، المسألة من ٢٤ وتقسم هكذا.

الزوجة، الأب، الأم، البنتان والابن (المفقود).

$\frac{٣}{٢٤}$، $\frac{٤}{٢٤}$، $\frac{٤}{٢٤}$، $\frac{١٣}{٢٤}$

وعلى فرض الوفاة: المسألة من ٢٤ وتعول إلى ٢٧، وتقسم هكذا:
الزوجة، الأب، الأم، البنتان.
$\frac{٣}{٢٧}$، $\frac{٤}{٢٧}$، $\frac{٤}{٢٧}$، $\frac{١٦}{٢٧}$

فتعطى الزوجة والأب والأم والبنتان أنصباءهم على فرض وفاة المفقود، لأنه أبخس النصيبين بالنسبة لهم، ويوقف للمفقود نصيبه على فرض حياته وهو $\frac{٦,٥}{٢٤}$ لأنه أحسن الحالين بالنسبة له.

٨ ـ ماتت عن: زوج، أم، أختين ش، أخ ش مفقود.

على فرض الحياة: المسألة من ١٢ وتقسم هكذا:

للزوج $\frac{١}{٢}$ = ٦، للأم $\frac{١}{٦}$ = ٢، للأختين: ٣، وللأخ: ٢.

وعلى فرض الوفاة: المسألة من ١٢ وتعول إلى ١٦ وتقسم هكذا:

للزوج $\frac{١}{٢}$ = $\frac{٦}{١٦}$، للأم $\frac{١}{٦}$ = $\frac{٢}{١٦}$، للأختين $\frac{٢}{٣}$ = $\frac{٨}{١٦}$.

فيوقف للمفقود نصيبه على أحسن الحالين، ويعطى للموجودين نصيبهم على أدنى الحالين.

ويلاحظ في المسائل السابقة أن تقدير حياة المفقود يلزم منه غالباً أن يكون للموجودين أبخس النصيبين كما في المسائل من ١ ـ ٦ ولكن تقدير حياته في بعض الحالات قد يلزم منه أن يأخذ الموجودون أحسن النصيبين كما في المسألتين ٧ و ٨ ونلاحظ فيهما أن المفقود يعصب غيره.

فالقاعدة ما ذكرناه لك أن نفرضه حياً فنوقف له نصيبه على هذا الفرض، وأن نعطي الموجودين أبخس النصيبين على فرض حياته أو موته.

متى يحكم بوفاته؟

هنالك ثلاثة أقوال رئيسة في هذه المسألة:

أ ـ يحكم بوفاته حين يموت أقرانه الذين في بلده فلا يبقى منهم أحد، وهذا هو ظاهر الرواية في مذهب أبي حنيفة، وهو المشهور في مذهب الشافعي.

ب ـ إذا مضى عليه سن معينة منذ تاريخ ولادته، وفي ذلك أقوال:

١ ـ قيل بأن يمضي عليه مائة وعشرون سنة، وهذه رواية النوادر عن أبي حنيفة.

٢ ـ وقيل بأن يمضي عليه مائة سنة، وهذه رواية عن أبي يوسف.

٣ ـ وقيل بأن يمضي عليه تسعون سنة، وهذا هو المعتمد عند الحنابلة[١] وأفتى به بعض فقهاء الحنفية.

٤ ـ وقيل بأن يمضي عليه خمس وثمانون سنة، وهو قول في مذهب مالك.

٥ ـ وقيل بأن يمضي عليه ثمانون سنة، وهو قول في مذهب مالك.

٦ ـ وقيل بأن يمضي عليه سبعون سنة، وهو الراجح عند المالكية وبه قال بعض فقهاء الحنفية.

جـ ـ أن لا يقدر له سن معينة بل يترك إلى تقدير القاضي، فإن الناس يختلفون في طول الحياة وقصرها بحسب البيئة والصحة والمرض وغير ذلك، وهذا هو المشهور في مذهب الشافعية، وإليه ذهب بعض فقهاء الحنفية.

ونحن نرى أن هذا الرأي الأخير أقرب إلى المنطق والمعقول، ولكن عدم التحديد بسن معينة يؤدي إلى فوضى القضاء وإلى صعوبة الحكم، بحيث يحكم في كل مسألة على حدة، والطريق العملي والأرفق بالناس أن يعين بسن محدودة، وقد اختار القانون أن يحدد لذلك بلوغ المفقود سن الثمانين (المادة ٢٠٥).

إذا فقد بعد هذه السن؟

بقي ما إذا فقد الإنسان بعد السن التي يحكم فيها بموته فمتى يحكم بموته؟

---

(١) أما إذا غلب على حاله الهلاك عندهم كمن ركب سفينة فانكسرت فيحكم بموته بعد مرور أربع سنين على فقده.

هنالك أقوال والصحيح أن يترك ذلك إلى تقدير القاضي، لأن الأحوال تختلف بين الصحة والمرض والقوة والضعف[1].

نتيجة الحكم بوفاته:

إذا حكم القاضي بوفاة الغائب بناء على بينة وأدلة، فإن الحكم بذلك يستند إلى التاريخ الذي أثبتت البينة وفاته، فيرث المفقود ممن مات قبل هذا التاريخ ولا يرث ممن مات بعده، ويرث عنه ماله من كان موجوداً من ورثته حين ذلك التاريخ، ولا يرث من مات قبله.

وإن كان الحكم بالوفاة بناء على غلبة الظن وفق الأقوال السابقة، كأن يبلغ سن الثمانين فيحكم القاضي عندئذ باعتباره ميتاً، فهنا قولان:

١ ـ قال أبو حنيفة ومالك: إن الحكم بموته يرجع إلى تاريخ فقدانه، فيعتبر ميتاً منذ ذلك التاريخ، فيرد ما أوقف له من الإرث والوصية إلى ورثة الميت والموصي، الذين كانوا موجودين عند غياب المفقود، ولا يرث ممن مات قبل الحكم، ويرث مال المفقود من كان موجوداً عند تاريخ فقدانه، لا من مات بعد الفقدان قبل الحكم بموته.

٢ ـ وقال الشافعي وأحمد: يعتبر ميتاً من تاريخ الحكم بوفاته، فيرث عنه ماله من كان موجوداً من ورثته عند الحكم بوفاته لا من مات قبله، ويرث المفقود ممن مات قبل الحكم بوفاته.

إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته.

إذا ظهر المفقود حياً بعد أن قضى الحاكم باعتباره ميتاً، استرد ما وجده باقياً في أيدي ورثته، ولا يطالب بما هلك أو استهلكه الورثة قبل ذلك (المادة ٣٠٢ الفقرة الثانية).

وهذا هو مذهب الحنفية ومن وافقهم لأن ما استهلكوه بالإتلاف أو البيع أو غيرهما إنما استهلكوه بسلطة القضاء، فليسوا معتدين في ذلك التصرف، فلا يطالبون بالضمان.

---

(١) الخرشي على خليل: ٣/٢٩٣.

وكذلك الحكم فيما لو قامت الأدلة على أنه كان حيّاً عند الحكم بوفاته ثم مات بعد ذلك، يعتبر في تلك الفترة مالكاً لما كان موجوداً بأيدي ورثته دون ما هلك أو استهلك، ثم تقسم تركته بعد وفاته على الموجودين من ورثته حينئذ.

وما أنفقه القاضي من ماله حين غيبته لا يطالب المفقودُ القاضيَ بضمان ما أنفق، لأنه إنما تصرف بولايته العامة فلا يكون معتدياً.

حكم الأسير:

لا يخلو الأسير من إحدى حالتين:

١ ـ أن يكون معلوم الحياة، فهذا يرث ممن مات في حال أسره ولا يورث عنه ماله إجماعاً، لأنه حي ثابت الحياة، فيعامل معاملة الأحياء.

٢ ـ أن يكون مجهول الحال، فلا تعلم حياته ولا موته، وحينئذ يأخذ أحكام المفقود في كل ما ذكرناه.

جـ ـ الخنثى

تعريفه:

هو في اللغة من الانخناث وهو التكسر، أو من خنث الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه.

وفي الاصطلاح من له آلة الذكورة والأنوثة، أو ليس له واحد منهما وله ثقب يخرج منه البول.

وهو نوعان: مشكل وغير مشكل.

أما غير المشكل فهو من ترجحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة، كأن تزوج فولد له ولد، فهذا رجل قطعاً، أو تزوج فحملت فهي أنثى قطعاً.

وأما المشكل فهو من لم تعرف ذكورته من أنوثته، وقد ذكر الفقهاء علامات يعرف بها إن كان ذكراً أو أنثى، ولم يبق لها مجال بعد تقدم الطب الحديث، ونعتقد أنه لا يوجد بعد الآن خنثى مشكل لتقدم الطب واستطاعته أن يكشف حقيقة أمره.

ومع ذلك فلو فرضنا أن الطب الحديث عجز عن التأكد من ذكورته أو أنوثته فهذا هو الخنثى المشكل.

حكمه في الميراث:

الخنثى المشكل لا يتصور أن يكون أباً ولا أمّاً ولا جدّاً ولا جدة، لأنه لو كان كذلك لكان غير مشكل، ولا يكون زوجاً ولا زوجة لأنه لا تصح مناكحته ما دام مشكلاً.

وإنما يكون من فرع البنوة أو الإخوة أو العمومة، وعندئذ يجري الخلاف في توريثه: هل نعتبره ذكراً أم أنثى؟

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كان لا يختلف نصيبه بين الذكورة والأنوثة تجري قسمة التركة على طبيعتها.

والجمهور على أنه إذا كان يرث على فرضٍ، ولا يرث على فرضٍ آخر، لا يعطى من التركة شيئاً خلافاً للمالكية كما سيأتي.

وإنما الخلاف بينهم فيما إذا اختلف نصيبه بين الذكورة والأنوثة، على أربعة أقوال:

١ ـ في المذهب الحنفي:

يعطى الخنثى المشكل من التركة أدنى النصيبين: على فرض ذكورته وعلى فرض أنوثته، ويعامل الورثة بأحسن النصيبين، أي على عكس الحمل تماماً.

وإليك المثال:

مات عن: زوجة، أب، أم، وولد هو خنثى مشكل.

المسألة على كل حال تكون من: ٢٤.

على فرض الذكورة تقسم المسألة هكذا:

للزوجة $\frac{١}{٨}$ = ٣، للأب $\frac{١}{٦}$ = ٤، للأم $\frac{١}{٦}$ = ٤، للخنثى الباقي ١٣ وعلى فرض الأنوثة تقسم المسألة هكذا:

للزوجة $\frac{١}{٨}$ = ٣، للأب $\frac{١}{٦}$ + الباقي = ٥، للأم $\frac{١}{٦}$ = ٤، للخنثى $\frac{١}{٢}$ = ١٢.

وعلى ذلك نرى أن الزوجة والأم لا يتغير نصيبهما على كلا الفرضين فيأخذانه وإنما الذي يتأثر بذلك هو الأب فيعطى ٥ لأنه نصيبه على أحسن الحالين، ويعطى الخنثى المشكل ١٢ لأنه نصيبه على أدنى الحالين.

٢ ـ في المذهب الشافعي:

يعطى الخنثى أقل النصيبين، ويعطى بقية الورثة أقل النصيبين أيضاً، ويحفظ الباقي إلى أن يكشف حاله، فإن لم ينكشف أمره تصالحوا فيما بينهم.

ففي المثال السابق يعطى الأب ٤ فحسب، ويعطى الخنثى ١٢ فحسب، والباقي وهو ١ يحتفظ به إلى أن تتضح حقيقته، وإلا تصالح الأب والخنثى عليه.

٣ ـ في المذهب المالكي:

تفرض المسألة على فرضين: على فرض الذكورة، وعلى فرض الأنوثة، ثم يعطى الخنثى نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى، وتستطيع تطبيق ذلك على المثال السابق أيضاً.

أما إذا كان الخنثى يرث على فرض، ولا يرث على فرض آخر، فإنه يعطى نصف نصيبه على فرض إرثه.

٤ ـ في المذهب الحنبلي:

لا يخلو الخنثى المشكل من حالين:

١ ـ أن يرجى كشف حاله في المستقبل، فحينئذ يعامل بأدنى النصيبين، ويعامل الورثة بأدنى النصيبين، ويحفظ الفرق إلى ظهور حاله.

فالمذهب الحنبلي في هذه الحالة يتفق مع المذهب الشافعي.

٢ ـ أن لا يرجى كشف حاله فحينئذ يعطى نصف النصيبين على فرض ذكورته وأنوثته إن كان يرث في الحالين. وإن كان يرث على حال دون حال فيعطى نصف نصيبه في حال الإرث. كما في المذهب المالكي.

والخلاصة بالنسبة إلى المذهب الحنبلي أنه يوافق المذهب الشافعي في بعض الحالات، ويوافق المذهب المالكي في بعض الحالات[١].

موقف القانون:

لم يتعرض قانوننا لحكم الخنثى لأنه لا يكاد يوجد، وإذا وجد فيكون العمل بمذهب أبي حنيفة وفقاً للمادة ٣٠٥.

أما القانون المصري فقد نص في المادة ٤٦ على توريثه بما يتفق مع مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) انظر العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/ ٥٧.

د ـ ولد الزنى

قلنا في أبحاث النسب إن ولد الزنى يثبت نسبه من أمه قطعاً، ولا يثبت نسبه من أبيه الزاني، لأن نسبه منه غير مقطوع به، ولأن الشرع لم يعتبر الزنى طريقاً مشروعاً لاتّصال الرجل بالمرأة.

وعلى هذا فلا توارث بين ولد الزنى وبين أبيه وقرابة أبيه بإجماع العلماء.

ونقل عن بعض العلماء القول بالتوارث بين ولد الزنى وبين أبيه الزاني إذا ألحقه به[١]، وهو قول مخالف للإجماع.

وذهب جمهور العلماء ومنهم الأئمة الأربعة إلى ثبوت التوارث بين ولد الزنى وبين أمه وقرابتها، فإذا مات ورثته أمه وأقرباؤها، وهو يرث من أمه وأقربائها لأن صلته بأمه مؤكدة لا مجال للشك فيها، والأمومة ـ ولوكانت غير شرعية ـ تثبت الجزئية بين الأم وولدها، وثبوت الجزئية يؤدي إلى ثبوت التوارث.

وذهب الشيعة الإمامية إلى أنه لا توارث أيضاً بين ولد الزنى وبين أمه وقرابتها كما هو الحال بالنسبة إلى أبيه الزاني وقرابته، ذلك لأن الميراث نعمة أنعم الله بها على الوارث، فلا يجوز أن يكون سببها الجريمة ـ جريمة الزنى ـ.

وقد يجاب بأن الجريمة هي جريمة الأم، والنعمة هي للولد، فكيف يعاقب الولد بجريمة أمه؟ أما حرمانه من إرث أبيه الزاني، فلأن النسب منه غير مؤكد ولهذا لا يثبت نسبه منه، ويثبت نسبه من أمه.

موقف القانون:

هذا وقد أخذ القانون برأي الجمهور، فأثبت في المادة ٣٠٣ إرث ولد الزنى من أمه وقرابتها، كما ترثه الأم وقرابتها، واشترطت هذه المادة مراعاة شروط ثبوت النسب من الأم إذا كان ولد الزنى حملاً ـ وارثاً أو موروثاً ـ.

---

(١) انظر: المغني: ٧/١٢٩.

هـ ـ ولد اللعان[1]

ولد اللعان لا يرث من أبيه بإجماع الفقهاء، لأن نسبه من أبيه لم يثبت.

وهو يرث من أمه بإجماع الفقهاء ـ حتى الشيعة الإمامية ـ ولعل الفرق لهم بين ولد الزنى وبين ولد اللعان في الميراث، أن نسبة ولد اللعان إلى أمه ليست عن طريق الجريمة المؤكدة، فقد يكون أبوه ظالماً في نسبه منه، وأمه صادقة في ادعائها أن هذا الولد من زوجها.

وعلى ذلك فيرث ولد اللعان من أمه وقرابتها، وترثه أمه وقرابتها.

موقف القانون:

نص القانون في المادة ٣٠٣ على إرث ولد اللعان من أمه وقرابتها، وإرثهم منه بشرط مراعاة مدة ثبوت النسب من الأم بيناه سابقاً.

---

(١) بينا معنى اللعان وأحكامه في الجزء الأول من هذا الشرح ص ١٧١.

و ـ من جهل تاريخ وفاتهم

قدمنا في بحث شرائط الإرث، اشتراط أن تثبت وفاة المورِّث قبل وفاة الوارث، وحياة الوارث عند وفاة المورث.

فإذا جهلت وفاة المورث وحياة الوارث، بأن علمت وفاتهما في حادث مفاجئ ولم يعلم من هو المتقدم منهما في الوفاة، فلا توارث بينهما على الرأي الراجح، وهو رأي جمهور الفقهاء، وذلك كما في الغرقى والحرقى والقتلى في المعركة والموتى في انهدام بيت أو اصطدام سيارة أو ما أشبه ذلك، فإن الأب لا يرث من ابنه الميت في حادث واحد من أمثال تلك الحوادث، وكذلك الابن من أبيه، والزوجة من زوجها، والزوج من زوجته وكذلك بقية الأقرباء.

وكذلك الحكم في جهالة تاريخ الوفاة ولو لم يكونا في حادث واحد.

والأصل في هذا أن قتلى اليمامة ـ في حروب الردة ـ من صحابة الرسول ﷺ كان فيهم الآباء والأبناء، والأمهات والأبناء، فحكم أبو بكر رضي الله عنه على رأي زيد بن ثابت أن لا يورث القريب من قريبه، لجهالة تقدم وفاة أحدهما عن الآخر.

في القانون:

وقد شرحنا نص القانون في ذلك في أول أبحاث الإرث في **المادة ٢٦١** وهي:

«إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر، سواء كان موتهما في حادث واحد أم لا».

ز ـ اللقيط

إذا مات اللقيط عن غير وارث فماله لبيت المال، بناء على قاعدة «الغرم بالغنم» فإن بيت المال هو المسؤول عن الإنفاق عليه وتربيته وتعليمه، فإذا مات من غير وارث، كانت تركته لبيت المال كأموال الضوائع التي لا يعرف أصحابها.

وهذا الحكم باتفاق فقهاء المسلمين، إلا رواية عن أحمد واختارها شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله من أن إرثه لمن التقطه، ولكن العمل في المذهب الحنبلي على ما عليه الجمهور[1].

---

(١) انظر: الإنصاف: ٧/ ٣٠٣.

حـ ـ التخارج

تعريفه:

هو ـ كما عرفه القانون ـ «أن يصالح الورثة ـ أو بعضهم ـ على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم» (الفقرة ١ من المادة ٣٠٣).

فهو لا يكون إلا بالرضى بين الطرفين، وله شبه بالقسمة من جهة، وبالبيع من جهة أخرى.

أحكامه:

ذكر القانون أحكام التخارج في ثلاث حالات (الفقرة ٢ من المادة المذكورة) وهي الأكثر وقوعاً.

١ ـ مع واحد من الورثة لقاء مال يدفعه منه:

وذلك بأن يتفق الذي يريد المصالحة على نصيبه من التركة قبل قسمتها مع أحد أفراد الورثة، على مال معين يدفعه منه، ثم يكون له نصيب المتخارج من التركة.

وحكمه أن تقسم التركة كما لو كان المتخارج بينهم، يحل محله من دفع المال.

ومثال ذلك: مات عن: زوجة، وأب، وابن، ثم اتفقت الزوجة مع الابن على أن تأخذ منه مبلغاً معيناً من المال ثم تخرج من التركة.

تقسم التركة كما لو كانت الزوجة باقية، المسألة من: ٢٤.

للزوجة $\frac{١}{٨}$ = ٣، للأب $\frac{١}{٦}$ = ٤، للإبن الباقي = ١٧

ثم يعطى نصيب الزوجة للإبن فيكون له حينئذ: $\frac{٢٠}{٢٤}$.

٢ ـ مع كل الورثة لقاء مال يدفعونه منهم:

وإذا تصالح المتخارج مع كل الورثة لقاء مال يدفعونه منهم، قسمت التركة كما لو كان المتخارج باقياً، ثم يوزع نصيبه على الباقين بحسب ما دفعه كل واحد منهم.

هذا إذا نصوا عند المصالحة على أن كل واحد منهم قد دفع ما يقابل حصته.

فإذا لم ينص على ذلك عند المصالحة، كان نصيبه بينهم على السواء.

وإذا اتفقوا على شكل آخر من الدفع وزع نصيبه بينهم بحسب ما اتفقوا عليه.

٣ ـ مع كل الورثة لقاء مال من التركة:

وإذا تصالح المتخارج مع كل الورثة لقاء مال يأخذه من التركة ـ نقداً كان أم عيناً ـ تقسم التركة بينهم أولاً على أن المتخارج معهم، ثم يقسم نصيبه بين الباقين على نسبة أنصبائهم، هذا ولا حاجة بنا إلى ضرب الأمثلة فالمسألة حسابية تعرف بسهولة.

ط ـ المسائل المشهورة في المواريث[1]

هنالك في علم المواريث مسائل مشهورة بألقاب معينة، إما لحدوث خلاف فيها، وإما نسبة إلى من سأل عنها، وإما لغير ذلك. وقد مر معنا في هذا الشرح بعضها، ولكنني أحببت أن أختم أبحاث هذا العلم بذكر أشهر تلك المسائل، ليعرفها من لم يتح له أن يطالع الكتب القديمة المؤلفة في هذا الشأن:

١ ـ المشرَّكة:

وتسمى الحمارية أيضاً وقد مرت معنا في بحث الإخوة وهي:

زوج، وأم، وإخوة لأم، وإخوة لأب وأم.

عرضت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى فيها بأن للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة لأم الثلث، ولا شيء فيها للإخوة لأب وأم، لأنهم عصبة ولم يبق لهم شيء بعد أصحاب الفروض، فقال هؤلاء الإخوة لعمر معترضين على حرمانهم مع أن الإخوة لأم أخذوا الثلث: يا أمير المؤمنين! هب أن أبانا كان حماراً، وفي رواية كان حجراً في اليم! أليست أمنا واحدة؟ فشرّك بينهم جميعاً في الثلث، فسميت المشركة لذلك، وسميت الحمارية لقول الإخوة لأب وأم ذلك، وقيل إن الذي قال ذلك هو بعض الصحابة.

٢ ـ العمريتان:

وهي: زوج، وأب، وأم؛ أو زوجة، وأب، وأم.

وقد مر معنا أن الأم في هاتين المسألتين لها ثلث الباقي، لا ثلث كل التركة.

وسميت المسألتان بالعمريتين لأن عمر رضي الله عنه هو الذي قضى فيهما

---

(١) هذا البحث غير مطلوب من طلاب الحقوق.

بذلك، ووافقه عليه من الصحابة زيد بن ثابت وعثمان وعبد الله بن مسعود، وخالفه عبد الله بن عباس.

٣ ـ المباهلة:

وهي: زوج، وأم، وأخت لأبوين.

للزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت لأبوين النصف، أصل المسألة من ستة وتعول إلى ثمانية، وهي أول مسألة عالت في الإسلام، وقعت في صدر خلافة عمر رضي الله عنه، فاستشار الصحابة فيها، فأشار العباس أن يقسم عليهم بقدر سهامهم فصاروا إلى ذلك. وفي رواية أن عمر قال لهؤلاء الورثة: لا أجد لكم فرضاً في كتاب الله ولا أدري من قدمه الله تعالى فأقدمه، ولا من أخره فأؤخره، ولكني رأيت رأياً فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأ فمني، أرى أن أدخل النقص على الكل، فقسم بالعول، ولم يخالفه أحد، إلى أن ولي الخلافة عثمان رضي الله عنه، فأظهر ابن عباس المخالفة لما فعل عمر وقال: لو قدموا من قدمه الله، وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة قط، فقيل له: من قدمه الله ومن أخره الله؟ قال: الزوج والزوجة والأم والجدة ممن قدمه الله، وأما من أخره الله، فالبنات وبنات الابن، والأخوات لأب وأم، والأخوات لأب، فتارة يفرض لهن، وتارة يكن عصبة، ويدخل النقص على هؤلاء الأربعة، فلما ناقشوه في هذا الرأي قال: من شاء باهلته، إن الذي أحصى رمل عالج[1] لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً، فقيل له: هلا ذكرت ذلك في زمن عمر؟ فقال: كان مهيباً فهبته.

وقوله باهلته هو من قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَمَنْ حَآجَّكَ فِيهِ مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَكَ مِنَ ٱلْعِلْمِ فَقُلْ تَعَالَوْا۟ نَدْعُ أَبْنَآءَنَا وَأَبْنَآءَكُمْ وَنِسَآءَنَا وَنِسَآءَكُمْ وَأَنفُسَنَا وَأَنفُسَكُمْ ثُمَّ نَبْتَهِلْ فَنَجْعَل لَّعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَى ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٦١﴾﴾ [آل عمران].

ومن هنا سميت هذه المسألة بالمباهلة.

٤ ـ المنبرية:

وهي: امرأة، وأب، وأم، وبنتان، المسألة من ٢٤ وتعول إلى سبعة وعشرين.

---

(١) «عالج» موضع بالبادية كثير الرمال.

وسميت بذلك لأن علياً رضي الله عنه كان يخطب على المنبر، وكان بدأ خطابه بقوله: الحمد لله الذي يجزي كل نفس بما تسعى، ثم سئل عن هذا المسألة فأجاب على الفور: «المرأة قد صار ثمنها تسعاً» ثم استمر في خطبته، فكان ذلك من نباهته وحضور بديهته.

٥ ـ الخرقاء:

وهي: أم، وجد، وأخت.

اختلف فيها الصحابة على سبعة أقوال:

قال أبو بكر وموافقوه: للأم الثلث، وللجد الباقي، ولا شيء للأخت.

وقال زيد وموافقوه: للأم الثلث، والثلثان بين الجد والأخت، للجد اثنان من ثلاثة، وللأخت واحد من ثلاثة.

وقال علي رضي الله عنه: للأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف.

وقال عمر وعبد الله: للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقي، وللجد الباقي.

وقال ابن مسعود: للأم السدس، وللجد الباقي. وهو في معنى القول الأول.

وقال عثمان: المال بينهم أثلاث، لكل واحد منهم ثلث.

وعن ابن مسعود (قول آخر): للأخت النصف، والباقي بين الجد والأخت نصفين.

وسميت الخرقاء كأن الأقوال خرقتها، وتسمى «المسدسة» لأن الأقوال فيها ترجع في الحقيقة إلى ستة، وتسمى «العثمانية» لأنها وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه.

وتسمى «مثلثة عثمان» و «مربعة ابن مسعود» و «مخمسة الشعبي» و «مسدسة الصديق».

٦ ـ الأكدرية:

وهي: زوج، وأم، وجد، وأخت لأب أو لأبوين.

أفتى فيها زيد بن ثابت بأن للزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس ـ وقد عرفت الطريقة التي اختارها القانون في الجد والأخوات ـ ومقتضى مذهب زيد أنه إذا اجتمع الجد مع الأخوات يجعلهن عصبة ويقاسمهن ما بقي على أن لا يقل نصيبه عن الثلث.

إلا أنه في هذه المسألة خاصة، يجعل للجد السدس، ثم يضم نصيبه إلى نصيب الأخت فيقتسمانه للذكر مثل حظ الأنثيين، والمسألة من ٦ تعول إلى ٩.

وسميت بالأكدرية نسبة إلى امرأة من بني أكدر قد وقعت لها هذه الحادثة، أو لأنها كدرت على زيد مذهبه من ثلاثة أوجه: أعال بالجد، وفرض للأخت وجمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب، وإنما فرض لها ولم يجعلها عصبة لأنه لم يبق لها شيء، ولا وجه إلى القسمة لأنه ينقص نصيب الجد عن السدس.

وقيل سميت بذلك لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكدر، فأفتى فيها على مذهب زيد، وأخطأ فيها فنسبت إليه.

وقد اختلف فيها فقهاء الصحابة:

فمذهب أبي بكر وموافقيه: للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد الباقي، ولا شيء للأخت.

وقال عمر وابن مسعود: للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، وتعول المسألة إلى ثمانية، وإنما جعلوا للأم السدس فقط لكيلا تأخذ أكثر من الجد.

وقال علي وزيد: للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وتعول المسألة إلى تسعة كما ذكرناه آنفاً، ولم يحجبا الأم عن الثلث، لأن الله تعالى إنما حجبها عن الثلث إلى السدس بالولد والإخوة، وليس هنا ولد ولا إخوة.

٧ ـ الثلاثينية:

أي ثلاثينية ابن مسعود وهي: زوجة، وأم، وأختان لأم، وأختان لأبوين، وابن قاتل.

المسألة من ١٢ وتعول عند الجمهور إلى ١٧ لأن الابن القاتل كأنه غير موجود، فيكون للزوجة الربع، وللأم السدس، وللأختين لأم الثلث، وللأختين لأب الثلثان.

ولكن ابن مسعود يعتبر المحروم من الميراث حاجباً، فيكون للزوجة الثمن، ولبقية الورثة ما ذكرنا، وبذلك تكون المسألة من ٢٤ وتعول إلى ٣١، وليس عند الجمهور عول لـ ٢٤ إلا عول واحد وهو ٢٧.

٨ ـ اليتيمتان:

وهي مسألتان:

١ ـ زوج، وأخت لأبوين.

٢ ـ زوج، وأخت لأب.

ففي هاتين المسألتين يأخذ الزوج النصف، والأخت النصف، وليس في الفرائض كلها مسألة يورث فيها المال بفريضتين متساويتين إلا في هاتين المسألتين ولذلك تسمى «اليتيمتين».

٩ ـ أم الفروخ:

وهي: زوج، وأم، وأختان لأم، وأختان لأبوين.

للزوج النصف، وللأم السدس، وللأختين لأم الثلث، وللأختين لأبوين الثلثان، أصلها من ٦ وتعول إلى ١٠.

سميت بأم الفروخ لأنها أكثر المسائل عولاً، فشبهت الأربعة الزوائد بالفروخ. وتسمى «الشريحية» لأن «شُريحاً» أول من قضى فيها.

١٠ ـ أم الأرامل:

وهي: ٣ زوجات، جدتان، ٤ أخوات لأم، ٨ أخوات لأبوين.

للزوجات الربع، وللجدتين السدس، وللأخوات لأبوين الثلثان، وللأخوات لأم الثلث. أصلها من ١٢ وتعول إلى ١٧.

وسميت بأم الأرامل، لأن الورثة فيها كلهن من النساء.

وفي هذه المسألة يلغز أيضاً فيقال: رجل مات وترك سبعة عشر ديناراً وسبع عشر امرأة، أصاب كل امرأة دينار واحد؟.

١١ ـ المروانية:

وهي: زوج، وست أخوات متفرقات.

للزوج النصف، وللأختين لأبوين الثلثان، وللأختين لأم الثلث، ولا شيء للأختين لأب. أصلها من ٦ وتعول إلى ٩.

سميت «مروانية» لوقوعها في زمن مروان بن الحكم.

وتسمى «الغرّاء» لاشتهارها بين العلماء.

١٢ ـ الحمزية:

وهي: جد، ثلاث جدات متحاذيات، ثلاث أخوات متفرقات.

قال أبو بكر وابن عباس: للجدات السدس، والباقي للجد، ولا شيء للأخوات، وأصلها من ستة، وتصحح من ثمانية عشر.

وقال علي وابن مسعود: للأخت من الأبوين النصف، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين، وللجدات السدس، وللجد السدس.

وفي رواية عن ابن عباس: للجدة أم الأم السدس، وللجد الباقي، ولا شيء للأخوات.

وقال زيد بن ثابت: للجدات السدس، والباقي بين الجد والأخت لأبوين والأخت لأب على أربعة، ثم ترد الأخت لأب ما أخذت، على الأخت من الأبوين، أصلها من ستة، وتصحح من اثنين وسبعين، وتختصر إلى ست وثلاثين، للجدات ستة، وللأخت من الأبوين نصيبها ونصيب أختها خمسة عشر، وللجد خمسة عشر.

سميت «حمزية» لأن حمزة الزيات سئل عنها فأجاب بهذه الأجوبة.

١٣ ـ الدينارية:

وهي: زوجة، وجدة، وبنتان، واثنا عشر أخاً، وأخت واحدة لأب وأم، والتركة ستمائة دينار.

للجدة السدس وهو ١٠٠ دينار، وللبنتين الثلثان ٤٠٠ دينار، وللزوجة الثمن ٧٥ ديناراً، يبقى ٢٥ ديناراً، لكل أخ ديناران، وللأخت دينار واحد.

ولذلك سميت الدينارية وفيها: يلغز: رجل خلف ستمائة دينار، وسبعة عشر وارثاً ذكوراً وإناثاً، فأصاب أحدهم دينار واحد؟

وتسمى أيضاً «الداودية»، قالوا: لأن داود الطائي سئل عنها فقسمها كما تقدم، فجاءت الأخت إلى أبي حنيفة رحمه الله فقالت: إن أخي مات وترك ستمائة

دينار، فما أعطيت إلا ديناراً واحداً! فقال لها أبو حنيفة: من قسم التركة؟ قالت: تلميذك داود الطائي، فقال: هو لا يظلم، هل ترك أخوك جدة؟ قالت: نعم، قال: هل ترك بنتين؟ قالت: نعم، قال: هل ترك زوجة؟ قالت: نعم، قال: هل معك اثنا عشر أخاً؟ قالت: نعم، قال: إذاً حقك دينار.

١٤ ـ المأمونية:

وهي: أب، وأم، وبنتان، ماتت إحدى البنتين وخلفت بقية هؤلاء الورثة.

يختلف الجواب فيها بين أن يكون الميت الأول ذكراً، وبين أن يكون أنثى.

ـ فإن كان الميت الأول ذكراً، فالمسألة من ستة: للأبوين السدسان، وللبنتين الثلثان، فإذا ماتت إحدى البنتين، فقد خلفت أختاً وجدّاً صحيحاً (عصبيّاً) هو أب أب، وجدة صحيحة (ثابتة) هي أم أب.

فالسدس للجدة، والباقي للجد، وسقطت الأخت على قول أبي بكر، وقال زيد: للجدة السدس، والباقي بين الجد والأخت أثلاثاً على ما عرف من مذهب زيد.

ـ وإن كان الميت الأول أنثى، فقد ماتت البنت عن أخت وجدة صحيحة (ثابتة) أم أم، وجد فاسد (رحمي) هو أب أم، فللجدة السدس، وللأخت النصف والباقي يرد عليهما، ولا شيء للجد الرحمي بالإجماع.

وسميت هذه المسألة بالمأمونية، لأن المأمون أراد أن يولي قضاء البصرة أحداً، فأحضر بين يديه يحيى بن أكثم قاضي القضاة، فاستحقره، فسأله عن هذه المسألة، فقال: يا أمير المؤمنين! أخبرني عن الميت الأول: ذكراً كان أو أنثى؟ فعلم المأمون أنه يعلم المسألة، فأعطاه العهد وولاه القضاء.

١٥ ـ الامتحان:

أربع زوجات، خمس جدات، سبع بنات، تسع أخوات لأب.

أصلها من ٢٤: للزوجات ٣، وللجدات ٤، وللبنات ١٦، وللأخوات الباقي وهو ١.

وإذا أردنا تصحيح المسألة وفق القواعد التي ذكرناها فيما مضى يصبح تصحيح المسألة: ٣٠٢٤٠ وفيها يلغز. رجل خلف أصنافاً عدد كل صنف أقل من عشرة، ولا تصح المسألة إلا مما يزيد على ثلاثين ألفاً.

ي - أحكام عامة

نصت المادة ٣٠٥ من القانون على أن كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي.

أما الرجوع إلى المذهب الحنفي فقط دون غيره من المذاهب الاجتهادية، فلأنه هو المذهب المعمول به في بلادنا في القضاء والفتيا منذ مئات السنين، وقد نشأت في ظله اجتهادات للمحاكم، وأعراف في القضاء تجعل رجوع القاضي إلى مصادره أيسر، وأكثر انسجاماً مع الأحكام القضائية في الماضي والحاضر.

ولئن كانت الشريعة الإسلامية لا تلتزم مذهباً معيناً، مما يجعل الرجوع إلى مذهب معين فيه من الحرج والشدة في بعض الحالات ما يدعو إلى الأخذ بغيره، فإن الواقع أن ما كان يشتكى منه في المذهب الحنفي من مسائل الأحوال الشخصية قد عدل عنه في هذا القانون إلى غيره من المذاهب، فلم يبق إلا بعض المسائل التفصيلية التي قد يكون القانون سكت عنها لأمر ما، فلا حرج من الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

وأما النص على العمل بالأرجح في المذهب الحنفي، فأمر ضروري لأن الخلاف في تصحيح الأقوال واقع في كل المذاهب وخاصة في المذهب الحنفي، فلا بد للقاضي من أن يعمل بما نص الفقهاء المحققون على أنه أرجح الأقوال في المذهب ويعرف هذا من كتب المذهب المعتمدة كفتح القدير شرح الهداية والبحر لابن نجيم، وأوعى كتاب وأصحه في الاعتماد عليه من حيث الترجيح بين الأقوال في المذهب، هو حاشية خاتمة المحققين في المذهب الحنفي المسماة برد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين رحمه الله، ويحسن أن يستأنس أيضاً بتقريرات الرافعي رحمه الله على تلك الحاشية، فإن له بعض التتبعات المفيدة.

ك ـ الأحوال الشخصية للطوائف

بالنسبة للدروز:

نص القانون في المادة ٣٠٦ على أن جميع الأحكام الواردة في القانون تطبق على جميع السوريين سوى ما استثني في المادتين ٣٠٧، ٣٠٨ من أحكام في حق الدروز والمسيحيين واليهود.

أما بالنسبة إلى الطائفة الدرزية فقد استُثنت في المادة ٣٠٧ الأحكام المتعلقة بها فيما يأتي:

١ ـ يتثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزواج قبل العقد.

٢ ـ لا يجوز تعدد الزوجات.

٣ ـ لا تسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة.

٤ ـ إذا تزوج شخص بنتاً على أنها بكر ثم ظهر أنها ثيب، فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها فليس له حق المطالبة بشيء من المهر أو الجهاز، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول بها فله استرجاع نصف المهر إذا أراد إبقاءها في عصمته وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنى وأراد تطليقها.

فإذا ادعى الزوج كذباً أنه وجد زوجته ثيّباً وطلبت التفريق منه، كان لها أن تستبقي ما قبضته من مهر وجهاز.

٥ ـ إذا حكم على الزوجة بالزنى فللزوج تطليقها واسترجاع ما دفعه من مهر وما بقي من جهاز. وإذا حكم الزوج بالزنى فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل.

٦ ـ لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه.

٧ ـ لا يجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها.

٨ ـ تنفيذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه.

٩ ـ إن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم.فروعه مقامه ويأخذ نصيبه كما لو كان حيّاً.

ب ـ بالنسبة للطوائف المسيحية واليهودية:

وأما بالنسبة للطوائف المسيحية واليهودية فقد نصت المادة ٣٠٨ على أنه يطبق بالنسبة إليها ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في المسائل التالية:

١ ـ الخطبة.

٢ ـ شروط الزواج وعقده.

٣ ـ المتابعة والنفقة الزوجية.

٤ ـ نفقة الصغير.

٥ ـ بطلان الزواج وحله وانفكاك رباطه.

٦ ـ البائنة (الدوطة).

٧ ـ الحضانة.

وما عدا ذلك فتسري عليهم أحكام القانون، ويلاحظ أن أحكام الأهلية والوصاية وتقسيم التركات، مما يطبق على هذه الطوائف في بلادنا.

أما استثناؤهم من أحكام تلك المسائل، فلأن عندهم أحكاماً دينية فيها يطبقها رجال الدين عليهم، وما يزال التقليد الإسلامي منذ عهد الفتح الإسلامي حتى الآن، جارياً على ترك الحرية الدينية لغير المسلمين، وسريان أحكام شريعتهم في الأحوال الشخصية وغيرها عملاً بقوله عليه الصلاة والسلام في شأنهم: **«أمرنا أن نتركهم وما يدينون»** إلا إذا رضوا بالاحتكام إلى شريعتنا فيطبق عليهم القانون الإسلامي.

وأما تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الأهلية والوصاية والوصية والتركات عليهم، فلأنه ليس عندهم تشريع ديني في هذه الأمور، وما زالوا منذ عهد الإسلام الأول يتحاكمون إلى الشريعة الإسلامية في هذه القضايا، فما ذكره القانون في هذا الشأن إنما هو تقرير لأمر واقع منذ مئات السنين.

على أن الذي حدث في مصر بعد قيام الثورة لسنوات، أن أنشئت لهم محاكم خاصة بالأحوال الشخصية يحكم فيها قضاة متخرجون من كليات الحقوق بحسب القوانين المقررة لهم، وإلا فبموجب أحكام الديانة المسيحية وقد أزالت هذه المحاكم كثيراً من الشكوى التي كان يشكو منها كثير منهم بالنظر لنظم المحاكم الملية التي كانت تحكم بينهم قبل ذلك.

الخاتمة

بهذا ينتهي شرح قانون الأحوال الشخصية الذي قدمته في هذه المحاضرات المستعجلة حرصاً على أن يكون لطلابنا في الحقوق والشريعة في جامعة دمشق مرجع يستذكرونه لدخول الامتحانات في هذه المادة، وقد كنت أتمنى أن أتمم ما بدأته قبل خمس سنوات من شرح مستفيض للقانون مع المقارنة بين المذاهب الإسلامية وبين القوانين الوضعية، ولكن رحلتي العلمية إلى أوروبا عام ١٩٥٦ ثم مرضي الذي ما زلت أعاني آثاره منذ أربعة سنوات حتى الآن، كل ذلك حال بيني وبين رغبتي تلك.

وإني لأرجو من الله سبحانه أن يعينني على وضع كتاب مستوف لأبحاث الأحوال الشخصية مع التفصيل والمقارنة، مما أرجو به من الله حسن المثوبة، ويكون مرجعاً وافياً لدى المراجعين والمهتمين بهذه الأبحاث، والحمد لله رب العالمين.

دمشق: شعبان ١٣٧٩
شباط ١٩٦٠

المؤلف

١ ـ فهرس الملاحظات على القانون

المادة	الصفحة	الموضوع
٢٦٣	٣٤	عدم التعرض لأركان الإرث
١٦٤	٤١	اختلاف الدين
٢٦٤	٤٣	عدم التعرض للمرتد
٢٦٤	٤٤	اختلاف الدار
٢٦٦	٦١	أحوال الأب والجد
٢٩٠	١٢١	تصنيف ذوي الأرحام
٢٩٣	١٣٢	قواعد توريث الصنف الثالث
٢٩٨	١٤٥	المقر له بالنسب
٢٩٩	١٥٩	توريث الحمل
٣٠٠	١٦٠	نسب الحمل

٢ ـ أهم مراجع الكتاب

في التفسير

١ ـ أحكام الجصاص، المطبعة المصرية الأزهرية ـ القاهرة ١٣٤٧.
٢ ـ أحكام ابن العربي، طبع عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٧٦.
٣ ـ تفسير القرطبي، دار الكتب المصرية ـ القاهرة ١٣٥٤.
٤ ـ تفسير ابن كثير، عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة.

في الحديث

٥ ـ صحيح الإمام البخاري، المطبعة المصرية ـ القاهرة ١٣٤٨.
٦ ـ صحيح الإمام مسلم، المطبعة المصرية ـ القاهرة ١٣٤٧.
٧ ـ سنن أبي داود بشرح الخطابي، المطبعة العلمية ـ حلب ١٣٥١.
٨ ـ سنن الترمذي شرح ابن العربي، مطبعة الصاوي ـ القاهرة ١٣٥٣.
٩ ـ سنن النسائي شرح السيوطي، المطبعة المصرية ـ القاهرة.
١٠ ـ سنن ابن ماجه بتقرير السندي، المطبعة العلمية ـ القاهرة ١٣١٣.
١١ ـ مسند الإمام أحمد (غير كامل)، دار المعارف ـ القاهرة ١٣٦٨.
١٢ ـ السنن الكبرى للبيهقي، طبع الهند ـ حيدر آباد ١٣٤٥.
١٣ ـ مستدرك الحاكم، طبع الهند ـ حيدر آباد ١٣٤٠.
١٤ ـ مجمع الزوائد للهيثمي، طبع القدسي ـ القاهرة ١٣٥٢.
١٥ ـ تيسير الوصول إلى جامع الأصول، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٥٣.
١٦ ـ الجامع الصغير بشرح المناوي، طبع مصطفى محمد ـ القاهرة ١٣٥٦.
١٧ ـ فتح الباري على البخاري لابن حجر، المطبعة المصرية ـ القاهرة ١٣٤٨.
١٨ ـ شرح النووي على صحيح مسلم، المطبعة المصرية ـ القاهرة ١٣٤٧.
١٩ ـ نصب الراية للحافظ الزيلعي، مطبعة دار المأمون ـ القاهرة ١٣٥٧.

في الفقه الحنفي وأصوله

٢٠ ـ المبسوط للسرخسي، مطبعة السعادة ـ القاهرة ١٣٣١.
٢١ ـ شرح نفقات الخصاف للصدر الشهيد ـ طبع الهند ـ ١٣٤٩.
٢٢ ـ البدائع للكاساني، شركة المطبوعات العلمية ـ القاهرة ١٣٢٧.

٢٣ ـ تحفة الفقهاء للسمرقندي، مطبعة جامعة دمشق ـ دمشق ١٣٧٨.
٢٤ ـ شرح الكنز للزيلعي، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٣١٣.
٢٥ ـ شرح الهداية للكمال بن الهمام، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ٩ مجلدات.
٢٦ ـ شرح العناية على الهداية، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ٩ مجلدات.
٢٧ ـ شرح الكفاية على الهداية مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ٩ مجلدات.
٢٨ ـ فتاوى قاضيخان، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٣١٠.
٢٩ ـ الفتاوى الهندية، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٣١٠.
٣٠ ـ البحر الرائق لابن نجيم، المطبعة العلمية ـ القاهرة ١٣١١.
٣١ ـ الأشباه والنظائر، المطبعة الحسينية ـ القاهرة ١٣٢٢.
٣٢ ـ الجوهرة على القدوري، طبع استانبول ـ ١٣١٥.
٣٣ ـ جامع أحكام الصغار للأستروشني، المطبعة الأزهرية ـ القاهرة ١٣٠٠.
٣٤ ـ جامع الفصولين لابن سماوة، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٣٠٠.
٣٥ ـ الاختيار لبدر الدين الموصلي، طبع حجازي ـ القاهرة.
٣٦ ـ حاشية ابن عابدين على الدر المختار، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٢٧٢.
٣٧ ـ تقرير الرافعي على حاشية ابن عابدين، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٣٢٣.
٣٨ ـ مجموعة رسائل ابن عابدين، طبع استانبول ـ ١٣٢١.
٣٩ ـ مجلة الأحكام العدلية، طبع استانبول ـ ١٣٠٥.
٤٠ ـ كشف الأسرار للبزدوي، طبع استانبول ـ ١٣٠٧.
٤١ ـ التقرير شرح التحرير، المطبعة الأميرية ـ ١٣١٦.
٤٢ ـ مسلم الثبوت وشرحه، المطبعة الأميرية ـ ١٣٢٢.

في الفقه الشافعي

٤٣ ـ الأم للإمام الشافعي، المطبعة الأميرية ـ القاهرة ١٣٢٤.
٤٤ ـ المهذب للشيرازي، عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة.
٤٥ ـ نهاية المحتاج للرملي، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٥٨.
٤٦ ـ قليوبي على شرح منهاج الطالبين، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٥٤.
٤٧ ـ عميرة على شرح منهاج الطالبين، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٥٤.
٤٨ ـ البجيرمي على الخطيب، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٧١.

في الفقه المالكي

٤٩ ـ المدونة الكبرى، مطبعة السعادة ـ القاهرة ١٣٢٣.
٥٠ ـ المقدمات لابن رشد، مطبعة السعادة ـ القاهرة ١٣٢٣.
٥١ ـ الباجي على الموطأ، مطبعة السعادة ـ القاهرة ١٣٣١.
٥٢ ـ الخرشي على خليل، المطبعة الشرقية ـ القاهرة ١٣١٦.

٥٣ ـ الخطاب على خليل، مطبعة السعادة ـ القاهرة ١٣٢٩.
٥٤ ـ جواهر الإكليل على خليل، ابن شقرون ـ القاهرة.
٥٥ ـ الفروق للقرافي، دار إحياء الكتب العربية ـ القاهرة ١٣٤٤.

في الفقه الحنبلي

٥٦ـ المغني لابن قدامة، مطبعة المنار ـ القاهرة ١٣٤٨.
٥٧ ـ الشرح الكبير، مطبعة المنار ـ القاهرة ١٣٤٨.
٥٨ ـ المقنع وحاشيته، المطبعة السلفية ـ القاهرة ١٣٧٤.
٥٩ ـ التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، المطبعة السلفية ـ القاهرة.
٦٠ ـ تصحيح الفروع، طبع المنار ـ القاهرة ١٣٣٩.
٦١ ـ غاية المنتهى، دار السلام ـ دمشق ١٣٧٨.
٦٢ ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، نشر حامد الفقي ـ القاهرة ١٣٧٦.
٦٣ ـ القواعد لابن رجب، نشر الخانجي ـ القاهرة ١٣٥٢.

في الفقه الشيعي

٦٤ ـ البحر الزخار (زيدية)، مكتبة الخانجي ـ القاهرة ١٣٦٦.
٦٥ ـ الفصول الشرعية للأستاذ محمد جواد مغنية، ـ بيروت ١٣٧٠.
٦٦ ـ الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مطبعة حجازي ـ القاهرة ١٣٦٦.
٦٧ ـ الميراث عند الجعفرية للأستاذ محمد أبو زهرة، معهد الدراسات العربية العالية ـ القاهرة ١٣٧٤.
٦٨ ـ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (جزآن) ـ القاهرة وبيروت ١٣٧٨.

في الفقه الظاهري

٦٩ـ المحلى لابن حزم، طبع الشيخ منير الدمشقي ـ القاهرة ١٣٤٧.

في الفقه المقارن

٧٠ ـ بداية المجتهد لابن رشد، مطبعة المعاهد ـ القاهرة ١٣٥٣.
٧١ ـ الإفصاح لابن هبيرة (الطبعة الثانية)، المكتبة الحلبية ـ حلب ١٣٦٦.
٧٢ ـ إعلام الموقعين لابن القيم، المطبعة المنيرية ـ القاهرة.
٧٣ ـ نيل الأوطار للشوكاني، المطبعة العثمانية ـ القاهرة ١٣٥٧.
٧٤ ـ زاد المعاد لابن القيم، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٦٩.
٧٥ ـ الأموال لأبي عبيد، محمد حامد الفقي ـ القاهرة ١٣٥٣.
٧٦ ـ الميزان للشعراني، المطبعة الأزهرية ـ القاهرة ١٣٥١.
٧٧ ـ المقارنات التشريعية لمحمد حافظ، مطبعة هندية ـ القاهرة ١٣٢٠.
٧٨ ـ الروضة الندية لصديق حسن خان، المطبعة المنيرية ـ القاهرة.

٧٩ ـ المقارنات التشريعية لسيد عبد الله حسين ـ عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة ١٣٦٦.

في كتب الفرائض خاصة

٨٠ـ شرح السراجية للجرجاني بحاشية الفنري ـ فرج الله زكي الكردي ـ القاهرة.
٨١ ـ شرح الرحبية للمارديني، محمد علي صبيح ـ القاهرة.
٨٢ ـ العذب الفائض شرح عمدة الفارض، طبع القاهرة ـ ١٣٧٢.

من الكتب الحديثة

٨٣ ـ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ـ الطبعة الثالثة.
٨٤ ـ أحكام الأحوال الشخصية للأستاذ عبد الوهاب خلاف رحمه الله ـ الطبعة الثانية.
٨٥ ـ شرح قانون المواريث الجديد عبد الوهاب خلاف رحمه الله ـ الطبعة الثانية.
٨٦ ـ نظام النفقات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ـ القاهرة.
٨٧ ـ الأحوال الشخصية ـ قسم الزواج للأستاذ محمد أبو زهرة ـ القاهرة.
٨٨ ـ شرح قانون الوصية، للأستاذ محمد أبو زهرة ـ القاهرة.
٨٩ ـ أحكام التركات والمواريث، للأستاذ محمد أبو زهرة ـ القاهرة.
٩٠ ـ ابن حنبل، للأستاذ محمد أبو زهرة ـ القاهرة.
٩١ ـ الأحوال الشخصية لقدري باشا، نشر هندية ـ القاهرة ١٨٩٥.
٩٢ ـ المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا، مطبعة جامعة دمشق ـ دمشق ـ الطبعة الخامسة.
٩٣ ـ محاضرات في أحكام الزواج مصطفى الزرقا، مطبعة جامعة دمشق ـ ١٣٧٢.
٩٤ ـ الوصايا والفرائض للمؤلف (الطبعة الثانية)، مطبعة جامعة دمشق ـ ١٣٧١.
٩٥ ـ مرجع القضايا في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، دار النشر للجامعات ـ القاهرة ١٩٥٠.
٩٦ ـ أحكام المواد الحسبية لفتحي عبد الصبور، دار الكتاب العربي ـ القاهرة ١٣٦٩.
٩٧ ـ الزواج ومقارنته بقوانين العالم لزهدي يكن، مكتبة صادر ـ بيروت ١٣٥٥.
٩٨ ـ الطلاق في الإسلام لمولانا محمد علي ترجمة السيدة حبيبة زهدي يكن، مكتبة صادر ـ بيروت ١٩٥٠.

٣ ـ فهرس الأبحاث

الموضوع	الصفحة
تمهيد:	٥
أ ـ مشروعية الإرث	٧
مناقشة المعترضين على الإرث	١٨
الشيوعية تسمح بالإرث	٢٠
ب ـ ملاحظات	٢٢
ج ـ مكانة علم المواريث	٢٥
عناية الفقهاء به	٢٦
د ـ أصول علم المواريث:	٢٧
أ ـ آيات القرآن الكريم	٢٧
ب ـ من أحاديث المواريث	٢٨
الباب الأول والثاني	٣١
أ ـ أركان الإرث	٣٣
تعريف التركة	٣٣
موقف القانون	٣٤
ب ـ أسباب الإرث	٣٥
موقف القانون	٣٥
ج ـ شروط الإرث	٣٧
موقف القانون	٣٧
د ـ موانع الإرث	٣٨
تعريف المانع	٣٨
موانع الإرث	٣٨
ـ الموانع الأصلية:	٣٩
١ ـ الرق	٣٩
٢ ـ القتل وأنواعه	٣٩
أي أنواعه هو المانع؟	٤١
٣ ـ اختلاف الدين	٤١
٤ ـ الردة	٤١
حكم المرتد	٤٢
إرث المرتد	٤٢
٥ ـ اختلاف الدار	٤٣
ـ الموانع التبعية	٤٤
نص القانون	٤٥
هـ ـ الحقوق المتعلقة بالتركة:	٤٧
١ ـ الديون المتعلقة بالأعيان	٤٧
٢ ـ تجهيز الميت وتكفينه	٤٧
٣ ـ قضاء ديونه	٤٨
٤ ـ الوصية الواجبة	٤٩
٥ ـ إنفاذ الوصية من الثلث	٤٩
٦ ـ قسمة الباقي بين الورثة	٥٠
نص القانون	٥٠
و ـ درجات الاستحقاق	٥١
١ ـ أصحاب الفروض	٥١
٢ ـ العصبات النسبية	٥١
٣ ـ مولى العتاقة	٥١
٤ ـ عصبة مولى العتاقة	٥١
٥ ـ الرد على ذوي الفروض	٥٢
٦ ـ ذوو الأرحام	٥٢
٧ ـ المقر له بنسب محمول على الغير	٥٢

الموضوع	الصفحة
٨ ـ الموصى له بما زاد عن الثلث	٥٢
٩ ـ بيت المال	٥٣
موقف القانون	٥٣
الباب الثالث	٥٥
أ ـ الإرث بطريق الفريضة	٥٧
أصحاب الفروض من الرجال:	٥٧
١ ـ الزوج	٥٧
نص القانون	٥٨
مسائل	٥٨
٢ ـ الأب	٥٨
مسائل	٥٩
٣ ـ الجد العصبي	٥٩
أحوال الجد في الميراث	٦٠
عند عدم الإخوة	٦٠
نص القانون	٦١
عند وجود الإخوة	٦١
ملاحظة	٦٣
مسائل	٦٣
٤ ـ أولاد الأم	٦٣
مسائل	٦٤
المسألة المشتركة	٦٥
موقف القانون	٦٥
ب ـ أصحاب الفروض من النساء:	
٥ ـ الزوجة	٦٦
نص القانون	٦٦
مسائل	٦٦
٦ ـ الأم	٦٧
موقف القانون	٦٨
٧ ـ الجدة الثابتة	٦٩
نص القانون، ومسائل	٦٩

الموضوع	الصفحة
٨ ـ البنت	٧٠
موقف القانون	٧١
٩ ـ بنات الابن	٧١
نص القانون	٧٢
مسائل	٧٣
١٠ ـ الأخوات الشقيقات	٧٤
مسائل	٧٥
الأخوات لأب	٧٥
نص القانون	٧٦
مسائل	٧٦
الأخت لأم	٧٧
جـ ـ خلاصة للفروض ومستحقيها	٧٨
النصف ـ الربع ـ الثمن	٧٨
الثلثان ـ الثلث ـ السدس	٧٩
الباب الرابع:	
(الإرث عن طريق التعصيب)	٨١
أ ـ العصبة السببية:	٨٣
معنى العصبة	٨٣
أقسام العصبة	٨٣
ب ـ العصبة النسبية	٨٤
مشروعية الإرث بالتعصيب	٨٤
جـ ـ أقسام العصبة النسبية	٨٥
١ ـ العصبة بالنفس	٨٥
قاعدة توريث العصبة بالنفس	٨٥
٢ ـ العصبة بالغير	٨٦
٣ ـ العصبة مع الغير	٨٧
نص القانون	٨٧
مسائل	٨٩
الباب الخامس:	
(في الحجب وأقسامه)	٩١

الموضوع	الصفحة
أ ـ معنى الحجب	٩٣
ب ـ الفرق بين الحجب والحرمان	٩٣
جـ ـ أحكام الحجب	٩٣
د ـ أقسام الحجب	٩٤
هـ ـ أحوال الإرث في الحجب	٩٤
نص القانون	٩٦
الباب السادس	
أ ـ أصول المسائل وتصحيحها	٩٩
أصول المسائل	٩٩
تصحيح المسائل	١٠٠
ب ـ العول:	١٠٣
معنى «العول»	١٠٣
مشروعية العول	١٠٣
موقف القانون	١٠٣
المسائل التي لا تعول	١٠٤
عول الستة	١٠٤
عول الإثنى عشر	١٠٤
عول الـ ٢٤	١٠٥
مسائل	١٠٥
جـ ـ الرد:	١٠٧
مذهب عثمان	١٠٧
مذهب زيد بن ثابت	١٠٧
مذهب الإمام علي	١٠٨
موقف القانون	١٠٨
قاعدة الرد	١١٠
مسائل	١١١
الباب السابع:	
في الإرث بحق الرحم	١١٣
أ ـ الخلاف في توريثهم	١١٥
من هم ذوو الأرحام؟	١١٥

الموضوع	الصفحة
مذهب أبي حنيفة وأحمد	١١٥
مذهب مالك والشافعي	١١٦
مذهب ابن حزم	١١٧
المفتى به عند الشافعية والمالكية	١١٧
ب ـ تصنيفهم ودرجاتهم	١١٨
الصنف الأول	١١٨
الصنف الثاني	١١٨
الصنف الثالث	١١٨
الصنف الرابع	١١٩
طريقة القانون	١٢١
ملاحظة	١٢٢
حـ ـ طريقة توريثهم	١٢٣
أ ـ طريقة أهل الرحم	١٢٣
ب ـ طريقة أهل التنزيل	١٢٣
حـ ـ طريقة أهل القرابة	١٢٤
د ـ قواعد توريثهم على طريقة أهل القرابة	١٢٦
قواعد توريث الصنف الأول	١٢٧
قواعد توريث الصنف الثاني	١٢٩
قواعد توريث الصنف الثالث	١٣٠
ملاحظة على القانون	١٣٢
أمثلة على هذا الصنف	١٣٢
قواعد توريث الصنف الرابع	١٣٣
أحكام القانون	١٣٨
حكم تعدد الجهات في القرابة	١٣٩
عند تعدد جانب القرابة	١٤١
المستند الفقهي لحكم القانون	١٤٢
الرد على أحد الزوجين	١٤٣
عند فقد الورثة:	١٤٤
المقر له بنسب على الغير	١٤٤

الموضوع	الصفحة
ملاحظة على القانون	١٤٥
الموصى له بما زاد على الثلث ...	١٤٦
بيت المال	١٤٧
الباب الثامن في أحكام متنوعة	١٤٩
أ ـ توريث الحمل	١٥١
١ ـ وجوده حياً عند موت المورث	١٥١
٢ ـ ولادته حياً	١٥٢
هل تقسم التركة حال وجود الحمل؟	١٥٣
كم يقدر عدد الحمل؟	١٥٤
كيف تقسم التركة بوجود الحمل؟ .	١٥٥
مع القانون	١٥٩
ب ـ أحكام المفقود:	١٦١
بالنسبة إلى زوجته	١٦١
بالنسبة إلى أمواله	١٦١
إرثه من غيره	١٦٣
كيفية توريثه	١٦٣
متى يحكم بوفاته	١٦٧
إذا فقد بعد هذه السن	١٦٧
نتيجة الحكم بوفاته	١٦٨
إذا ظهر حياً	١٦٨
حكم الأسير	١٦٩
جـ ـ الخنثى وحكمه	١٧٠
موقف القانون	١٧٢
د ـ ولد الزنى	١٧٣
موقف القانون	١٧٣
هـ ـ ولد اللعان وموقف القانون ...	١٧٤
و ـ من جهل تاريخ وفاتهم	١٧٥
في القانون	١٧٥
ز ـ اللقيط	١٧٦
حـ ـ التخارج وأحكامه	١٧٧
ط ـ المسائل المشهورة	١٧٩
المشرّكة	١٧٩
العمريتان	١٧٩
المباهلة، المنبرية	١٨٠
الخرقاء، الأكدرية	١٨١
الثلاثينية	١٨٢
اليتيمتان، أم الفروخ	١٨٣
أم الأرامل، المروانية	١٨٣
الحمزية، الدينارية	١٨٤
المأمونية، الامتحان	١٨٥
ي ـ أحكام عامة	١٨٦
ك ـ الأحوال الشخصية للطوائف ..	١٨٧
بالنسبة للدروز	١٨٧
بالنسبة للمسيحيين واليهود	١٨٨
الخاتمة	١٨٩
الفهارس	
١ ـ فهرس الملاحظات على القانون	١٩١
٢ ـ فهرس المراجع	١٩٣
٣ ـ فهرس الأبحاث	١٩٧